

Title	ドイツ管理共同制における家財道具の物上代位規定：生成・展開の構造と基礎
Sub Title	Die dingliche Surrogation von Haushaltsgegenständen in der Verwaltungsgemeinschaft
Author	水津, 太郎(Suizu, Taro)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2011
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.84, No.12 (2011. 12) ,p.631- 715
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	斎藤和夫教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20111228-0631">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20111228-0631</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

# ドイツ管理共同制における家財道具の物上代位規定

——生成・展開の構造と基礎——

水 津 太 郎

- 一 はじめに
- 二 家財道具の物上代位の基本構造
- 三 前 史
  - 1 ザクセンシュピールゲル法
    - (一) 「夫が妻の財産に管理のゲヴェーレを有する財産結合制」
    - (二) ゲラーデ規制
  - 2 プロイセン一般ラント法
    - (一) 「別産制」
    - (二) ALR II.1 § 560 の代位
    - (三) ALR II.1 § 560 の修正作業
    - (四) その他の代位
- 四 ドイツ民法典の制定——原初規定
  - 1 夫による婚姻上の管理と用益の体系<sup>1)</sup>
  - 2 BGB § 1382 a. F. の立法過程
    - (一) 持参財産における代位の不存在——部分草案から第一草案まで
    - (二) 代位規定の導入をめぐる議論——第二委員会の審議からドイツ民法典の制定まで
  - 3 BGB § 1382 a. F. の立法目的
    - (一) 立法過程の整理
    - (二) 従前の法・議論との関係
    - (三) 批判と応答
    - (四) 補足的考察
- 五 管理共同制と家財道具の物上代位

- 1 議論状況の概観
- 2 規定の正当化
- 3 基本問題
- (一) 体系的地位
- (二) 意思の要否
- (三) 価値の増加
- 4 家具令の制定——離婚の際の家具の分配規定
- 六 おわりに

## 一 はじめに

妻が婚姻の際に家庭で使用するために洗濯機を持参したところ、一〇年ほどたつてその洗濯機が故障したため、夫が代わりに新しい洗濯機を購入した。この場合、一般原則によれば、夫が妻の代理人として行為しない限り、妻が新洗濯機上の所有権を取得することはないはずである。しかし、新洗濯機は旧洗濯機の代償とみられるために、その所有権は法律によって妻に帰属する。夫が自己の名で行ったとしてもこのことは変わらない。夫と売主の意思、すなわち夫が自分のために購入しようとしていたか、売主が夫に譲渡しようとしていたかも問題とならない。夫が自分の懐から代金を支払ったとしても結論は同じである。夫は新洗濯機上の所有権を一瞬たりとも取得しない。所有権は夫を経由することなく、つまり売主から直接に妻に移転する<sup>(1)</sup>。

われわれからするとやや奇異にうつるこのルール、「家財道具の物上代位 (Die dingliche Surrogation von Haushaltsgegenständen)」は、ドイツ民法典の法定夫婦財産制において、制定時の管理共同制から男女同権法による剰余共同制の導入にともなう修正を経て、一一〇年ほど——様々な学説の対立はあったものの——通用していた<sup>(2)</sup>。もっとも、他の家財道具の規制と同じように、この規定もわが国ではあまり注目されることはなかった<sup>(3)</sup>。そうこうするうちに、二〇〇九年に成立した「剰余清算および後見法の改正に関する法律」<sup>(4)</sup>によって、家財道具の物上代位の規定は「代わりの規定を用意することなく」<sup>(5)</sup>単純に削除されることになった。

したがって、現在では、——さきの例を引き合いに出すと——新洗濯機の所有権が法上当然に妻に帰属するわけではない。<sup>(6)</sup>二〇〇九年改正法の背景と概要についてはすでに紹介されているが、物上代位規定の削除の問題は取り上げられていない。もとより、こうした状況はドイツにおける関心のあり方を的確に反映したものとみることができる。というのは、ドイツの夫婦財産制をめぐる議論においては一般に、家財道具、とりわけその物上代位の規定が詳しく取り上げられることはなかったからである。<sup>(8)</sup>もつとも、このことはこの問題の考察が重要でないことを意味しない。のちに明らかにするように、家財道具の物上代位規定の問題は、ドイツの夫婦財産制の基礎にある思想・体系と深くかかわるものだからである。

家財道具の物上代位の問題は、わが国の夫婦財産制との関係でも意味をもつ。日本民法では物上代位はもとより、家財道具の規制につき特別の規定はないけれども、家財道具の所有権の帰属関係に関して問題が生じている。<sup>(9)</sup>そして、わが国の実務は現行法定財産制を別産制を採用したものと理解しつつ、財産分与の際に夫婦財産の清算につき剰余共同制のそれに近い運用をおこなっている。<sup>(10)</sup>また、現在の家族法改正の議論の際には法定財産制として剰余共同制を志向する提案がなされている。<sup>(11)</sup>とするならば、管理共同制において導入され、剰余共同制のもとでも維持されてきた家財道具の物上代位規定が今回の改正によって削除された理由を分析・検討することは、いずれにせよ、あるべき夫婦財産制を考えるうえで興味深い資料を提供することになるであろう。

家財道具の物上代位は、夫婦財産制の側からだけでなく、物上代位論の側からも興味深いものである。ドイツ物上代位論の標準的文献では——このことが適切であるかどうかはともかく——、物上代位の概念の説明の際に、家財道具のそれが代表例として最初に引用されてきた。<sup>(12)</sup>物上代位に関する初期の論文ではこの条文に多くの関心が払われ、<sup>(13)</sup>その後も——数はけっして多くはないものの<sup>(14)</sup>——本格的な論文が現れていたところである。<sup>(15)</sup>もつとも、わが国では物上代位については担保物権のそれに関心が集中していたところ、物上代位の観点からもこの動向が

取り上げられることはなかった<sup>(16)</sup>。そうだとすると、家財道具の物上代位規定が担っていた意義をここであらためて明らかにし、それとの対比において今回の改正によって削除された理由を考察することは、物上代位論に対しても寄与するところがあるだろう。このことは、ドイツの物上代位論を理解するだけでなく、「代償」を根拠に「物権」を維持することの意味を再考させるという意味において、物上代位の再構成、すなわち物・財産の対象が交代した際に従前の権利・法関係はどのように規律されるべきか、という角度からわが国の法ルールの全体——担保物権の物上代位にとどまらない——を総合的・体系的に捉え直し、あるべきルールを模索するためにも有益な視座を提供するようと思われる。

このような問題関心のもと、本稿では、ドイツの夫婦財産制における家財道具の物上代位規定の生成と展開を追跡する。すなわち、最初に基本的な規範内容を概観したあと(二)、のちの議論を理解するために必要な限りで、前史としてザクセンシュピールゲル法・プロイセン一般ラント法の状況のみ(三)、ドイツ民法典の制定の際に管理共同制のなかに原初規定が設けられた経緯(四)と、この規定をめぐる議論および関連する立法——家具令——の内容を分析する(五)。もつとも、その後の展開については紙幅の都合上、本稿では取り扱うことができない。すなわち、家財道具の物上代位の規定は、男女同権法により剰余共同制が導入された際にも修正をとまないつつ維持されたけれども、この立法者の態度に対してはさまざまな角度から批判がなされ、今回の改正法によって削除されることになった。——具体的な解釈論とその体系的整理を含む——この間の経緯と、改正に対する評価については続稿<sup>(17)</sup>の考察に委ねる。つまり、本稿で取り扱うのは、次章を除いて、もっぱら管理共同制における家財道具の物上代位規定の生成と展開に限られる。しかしながら、すでに述べた問題関心から明らかかなように、本稿は歴史研究よりも理論研究を志向するものである。

## 二 家財道具の物上代位の基本構造

まず最初に、家財道具の物上代位の基本的な構造を分析しておこう。要件・効果の詳細、学説の対立——とくに設例の説明との相違——の意味や原因などについては、のちに詳しく論じるため、ここでは大略を述べるにとどめる<sup>(18)</sup>。

ドイツ民法典制定の際には法定財産制として管理共同制 (Verwaltungsgemeinschaft) がとられていたが、男女同権法による改正によって、現在では剰余共同制「附加利得共同(通)制」(Zugewinnungsgemeinschaft) が採用されている<sup>(19)</sup>。管理共同制に含まれていた旧規定は BGB § 1382 a. F. 剰余共同制において修正のうえ承継された規定は BGB § 1370 である。この BGB § 1370 が二〇〇九年の改正で削除されることになったものである。旧規定と新規定の内容はすぐあとに言及する点を除いて同一なので、ここで一括して取り上げることにしてしよう。

BGB § 1382 a. F. 夫が、妻から持参されたが、もはや存在しないまたは価値の喪失したものの代わりに調達する家財道具は、持参財産となる。

BGB § 1370 もはや存在しないまたは価値の喪失した対象の代わりに調達される家財道具は、その不存在または無価値となった対象が帰属していた配偶者の所有となる。

管理共同制においては家父長制的観念が基礎におかれるところ、夫婦の財産の帰属には変更がないものの、婚姻共同生活のための費用を支出するために、妻の財産は夫のもとに委ねられ、夫が双方の財産についてまとめて管理用益をおこなう。これに対して、男女同権の理念に対応した剰余共同制は、その本質を別産制とし、各配偶者は自己の財産を独立に管理する一方、婚姻継続中に夫婦が形成した財産には所得活動と家政執行がひとしく寄与したものと認められるという基本思想から、婚姻解消の際にその清算をおこなうものである。この基本的な相

違から、両規定では調達配偶者と代位権者である配偶者に差異が存する。すなわち、管理共同制においては夫が調達した家財道具が妻の所有になるだけであるのに対して、剰余共同制は調達配偶者と代位権者のペアを固定せず、夫婦の双方がひとしく調達配偶者にも代位権者にもなりうるものとしている。もっとも、この点を除けば、両規定の内容に変わりはない。<sup>(20)</sup> なお、BGB § 1382 a.F. には「妻から持参された」とあるところ、一見するとBGB § 1370 とは異なり、原目的物は妻が婚姻前から有する家財道具に限られるようにも思われるが、のちにみるように「持参財産」とは夫の管理と用益に服する財産の意味であり、婚姻継続中に取得された財産もこれに含まれるから、同条の客体についても取得の時期は問題とならない。<sup>(21)</sup> 規範内容の特徴的な点を列挙すると、次のとおりである。

第一に、旧家財道具の所有者であった配偶者は、新家財道具上の所有権を法律によって直接に取得する。ここで重要なのは、新家財道具を調達した配偶者に対して所有権を移転するよう求める債権的請求権が生じるのではなく、旧家財道具上に有していた所有権状況が維持されることである。所有権は調達配偶者を介さず、譲渡人から代位権者である配偶者に移転するために、「経由的取得 (Durchgangserwerb)」ではなく、「直接的 (unmittelbar)」取得が生じると定式化される。<sup>(22)</sup> 設例でみたようにこうした考え方が支配的であり、直接的取得という物上代位一般の特質がここでも通用すると解されている。もっとも、これに対しては異論もある。要件として「組入れ」を求める見解によると、新家財道具の所有権はいったん調達配偶者が取得し、これが世帯に「組入れ」られた段階ではじめて他方配偶者に移転する。したがって、ここでは例外的に経由的取得が生じると捉えられることになる。

第二に、行為者の「意思」は問題とならないと一般に説かれている。<sup>(23)</sup> もっとも、ここで不要とされる意思の内容については立ち入った分析が必要であるように思われる。<sup>(24)</sup> 争いが無いのは、[1]調達配偶者が自己に所有権を帰

属させようとしていたか、他方配偶者または双方に帰属させようとしていたか、契約の相手方である譲渡人がだれに所有権を移転しようとしていたのかは問われないう点である。「他の配偶者の代理人としての」「他の配偶者のために取得する法律行為意思」<sup>(25)</sup>は求められない。この意味での意思が不要とされる——以下にみるように、それにもかかわらず直接代理のように他人効が生じる——点も物上代位の特質の一つであると捉えられている。これに対して、[2]調達配偶者が——所有権の帰属についてはともかく——「他人の計算で」<sup>(26)</sup>取得しようとしていたこと、すなわち間接代理意思を要するかどうかについては、旧規定の時代に、関連条文が夫の計算意思を必要とする代位を定めていたという特有の制度的事情から、必要説と不要説の対立がみられた。しかしながら、新規定の際には争いなく、計算意思も不要であるとされている。物上代位一般をみると、みぎの旧規定のようにこうした意思を求める規定はある（BGB § 1646）ものの、きわめて例外的であるため、この種の代位は不真正代位などと呼ばれている。さらに、家財道具の際には、[3]新たな物を古い物の代償とみなす意思、「調達対象を他の配偶者の、もはや存在しないあるいは価値を喪失した家財道具と交換する」、一言でいうと「代償意思」<sup>(27)</sup>が必要であるかも知られている。この意思の要否については、新旧規定をとおして争いがあり、新規定ではむしろ必要説が通説であるとみることができる。もっとも、物上代位の一般論としては代償意思の存否はとくに問題とされていない。このことは、のちに触れるように、通常は——取得の際に原財産の資力が使用されたことが要件とされるため——取得物を原目的物の対価として取得する意思は当該法律行為の前提として当然に含まれるところ、格別取り上げる必要がないからであると分析できよう。これに対して、家財道具の物上代位の際には、調達物が原目的物である旧家財道具の「代わり」のために取得されたのかを問題とすべきかどうか、独立の問いとして立ち現れることになる。

第三に、代位権者である配偶者が所有権を取得するのに、「周知性原則（Offenkundigkeitsprinzip）」は適用され



ない。その意味は次の二つに分けられる<sup>(28)</sup>。一つは、物権法上の公示原則との関係である。すなわち、本来であれば、あるものが動産所有権を取得しようとする場合には、相手方と物権的合意を締結し、動産の引渡しを受けなければならぬはずである (BGB § 929)。しかしながら、物上代位はそうした法律行為による物権移転の原則を排除し、家財道具上の所有権を、譲渡人から代位権者である配偶者に法律上直接的に移転させる。つまり、物上代位の命令は「『隠れた』権利変動<sup>(29)</sup>」を生じさせ、この限りで公示の要請を後退せしめるものである。このことはすでにみた「組入れ」を求める異説にたつたとしても同様であろう。家財道具上の所有権は代位権者である配偶者に、世帯への「組入れ」とともに、調達配偶者を介して経由的にはあるものの、物権的合意と引渡しを要することなく移転するからである。もう一つは、代理法上の顕名主義と関連する。本人が第三者による法律行為の効果を直接えようとする場合には代理制度を用いる必要がある。その際には、第三者は本人の名において行わなければならない (BGB § 164 I)。しかしながら、物上代位の際には、調達配偶者が「自己の名において」行為するにもかかわらず、処分行為の効果である所有権移転の効力<sup>(30)</sup>が、直接代位権者である配偶者に生じる。ここでは代理の際に通用している顕名主義が「破壊」<sup>(31)</sup>されることになる。直接代理意思 (第二①) と顕名 (第三・後者) が不要であるにもかかわらず法律行為の他人効が生じることから、物上代位はしばしば「当然の代理 (notwendige Stellvertretung)」<sup>(32)</sup>と呼ばれている。もともと、顕名主義の破壊は経由的取得を認める異説においては生じないであろう。家財道具の所有権は、いったん調達配偶者自身に移転するからである。なお、すでに述べたとおり、旧規定の際には間接代理意思 (第二②) を必要とする立場があり、また、現在でもそうした意思を求める例外規定があるが、この種の代位の際には——形式上は間接代理であるにもかかわらず直接帰属の効果が生じるところ——、「実際には間接代理の直接代理への組み替えがおこなわれる」<sup>(33)</sup>と説明されている。

最後に、家財道具の取得のために配偶者のいずれの「資力 (Mittel)」が用いられたのかは問題とならない<sup>(34)</sup>。す

なわち、設例でも指摘したように、一方配偶者が自己の資力を用いて家財道具を調達した場合であっても、新家財道具の所有権は旧家財道具の所有者であった配偶者に帰属する。調達配偶者が費用の償還を求めることもできない。家財道具の物上代位の議論の際には、むしろこうした自己資力調達ケースを念頭に置くのが通常である。主婦婚が前提とされており、妻の資力が用いられることは少なかったこと、代位権者の資力が用いられた場合には実質的にみてそれほど不合理ではないことによるのである。この資力の由来が問われないという点が非常に大きな特徴である。特別財産上の物上代位には、法律行為による取得の際に取得のための「資力」が当該特別財産から拠出されたことを要件とする、いわゆる「資力代位 (Mittelsurrogation)」(ないし資力条項<sup>(35)</sup>)と呼ばれるものがあり、これが物上代位の範型であるとみなされている。このこととの対比において、家財道具の物上代位を「対象代位」<sup>(36)</sup>ないし「目的代位」<sup>(37)</sup>などと規定するものがある。

物上代位論の観点からみると、家財道具の物上代位は——旧規定の際に計算意思を必要とする見解が主張され、また、代償意思の問題がクローズアップされる点を除くと——、①資力の由来が問われない点と、②直接取得を否定する異説が主張されている点において、特殊な規定であるといえる。①および②の異説の両面から、さらに一步踏み込んで、そもそも同条は「代位」を定めたものではないと主張するものがある<sup>(38)</sup>。また、とくに②の異説に立った場合には少なくとも「物上」代位とは呼べないということもできよう<sup>(39)</sup>。しかし、その場合ですら意思の不顧慮や公示原則の不適用という点を捉えて、なお「物上」代位と性格づけるものもある<sup>(40)</sup>。もっとも、本稿ではこのような用語の争いには立ち入らない。むしろ中身の画定に重点をおく。とくにこだわらずに「物上代位」と題するゆえんである。もっとも、以下ではもっぱら短縮の目的で、多くの場合にたんに「代位」と呼ぶことになろう。

三 前 史

1 ザクセンシュピーゲル法

家財道具の物上代位規定の原型は、アイケ・フォン・レプゴウによって編纂された一三世紀の法書、ザクセンシュピーゲルのゲラーデの規制に求められている。「[BGB § 1382 a. F. という] この意義深い規定をとおして、古ザクセンのゲラーデ (Gerade) は……代位原理 (Surrogationsprinzip) という目的にかなった一般原理のもとで、ふたたびあらたに法生活に取り入れられているのである」<sup>(41)</sup>。中世法を現代的な制度とのつながりのなかで考察するのは危険であるが、のちの議論の展開を理解するのに必要な限りで、ここでもすこし立ち入っておこう。<sup>(42)</sup>

(一) 「夫が妻の財産に管理のゲヴェーレを有する財産結合制」

ザクセンシュピーゲル法の夫婦財産制はしばしば「管理共同制」と呼ばれているが、これは誤解を招きやすい表現であり、より適切には、「夫が妻の財産に管理のゲヴェーレを有する財産結合制 (Güterverbindung mit Verwaltungsgewere des Mannes am Frauengut)」と呼ぶのが適切であろうといわれている。<sup>(43)</sup>ここでは、夫婦が生存し婚姻が解消されていない限りで、夫婦の財産はひとつの統一体として捉えられる。したがって、婚姻継続中の財産の結合は外面的な、時間的に限界づけられたものである。妻に属するすべての財産は妻の所有にとどまるが、夫のゲヴェーレに服する。妻の持参財産は、土地、ゲラーデ、その他の動産に区別され、後二者はゲラーデに含まれるかどうかで分けられる。すなわち、アイケはゲラーデに当たる物を具体的に列挙するという手法で、これを他の動産と区別している (Ssp. I. 24 § 3)。ゲラーデに属するのは、妻個人が使用するための物 (櫛、鏡など)、あるいは、妻が家政を執行するために必要な物 (ベッド、テーブルなど) である。妻の財産は様々な強い制約に

服していたが、当面の問題との関係で重要なのは、婚姻継続中に取得された動産にだれが「所有権」を有するかという問いについて従来は争われていたけれども、当時においては夫のゲヴェーレに服するかどうかの問題であったところ、アイケも夫婦の生存中の所有関係について直接にはなにも語っていない、そして、——取得時期のいかんを問わず、かつゲラーデを含む——動産一般に対しては夫の自由な処分が認められていたとみられていることを確認しておくことである。<sup>(44)</sup>

## (二) ゲラーデ規制

ゲラーデの法的性格には様々な議論があり、いまだに意見の一致はみられないが、現在一般的には次のように捉えられている。<sup>(45)</sup> ゲラーデとは、入れ替わり可能な財産の総体である。もともと、婚姻解消の際にはじめて具体的に確定できるものであり、それまでの間は夫のゲヴェーレに存する他の動産から区別されない。ゲラーデは婚姻継続中には法的な意味を有しない。婚姻解消後にはじめてそれ自体として切り出されるが、その際には夫が婚姻継続中に取得した物も含まれる。問題となるのは、相続法<sup>(46)</sup>におけるゲラーデの規制である。それによると、夫が死亡した場合、妻はゲラーデとして、夫が死亡した時点で存在していた物を受け取り (Witwengerade)、<sup>(47)</sup> 逆に、妻が死亡した場合には、ゲラーデは、妻から妻へ、すなわち娘またはもつとも近しい女性の親族 (Nittel) に継承される (Nittelgerade) (Ssp I. 582 und Ssp I. 278 I)。つまり、ゲラーデは総じて妻の側に帰した。これとは反対に、他の動産は夫の側がこれを保持した。妻が死亡した場合に非ゲラーデが夫の所有に帰したどうかははっきりとしないが、そのように理解されている (vgl. Ssp I. 318 I)。このことがのちに根拠づけをみる際に意味を持つてくる。

以上のように、ザクセンシュピール法がゲラーデを総体として——少なくとも具体的なかたちで——規制す

るのは婚姻解消後のことである。だとすると、すでに婚姻継続中に家財道具の所有権を妻に帰属させる BGBs 1382 a.F.とは大きく異なるかのよう<sup>(48)</sup>にみえる。しかし、両者の連続性を否定するのは適切でないといわれている<sup>(49)</sup>。ザクセンシュピールゲル法に婚姻解消後の規制しかおかれていないのは、中世法がつよく事例と結びつけられていたという事情による。だから、適用領域の差異は本質的なものとはみられない。むしろ両者の規制において、(a)受益者が妻のみである点、(b)対象がゲラーデ・家財道具に制限されている点が共通していることにこそ注目すべきというのである。

こうしてゲラーデ規制の正当化根拠が問題となる。この点についてはおもに二つの角度から説明されている<sup>(50)</sup>。

①夫の後見的権力のもと、妻は当初まったく財産を有することができなかったが、しだいに法的経済的な独立を獲得するに及んで、一身専属的な利用に属する物から、妻として日常的に家で用いる物を自己のものとしうるようになった。これらがゲラーデを構成する物であり、家財道具と関連するのは後者である。このような拡張はのちに他の動産、さらには土地にまで及ぶことになる。そのうちのゲラーデは夫の仕事には必要なく、妻の領域に属する物であったため、これらはもっぱら妻に割り当てられた物であるとされ、たいてい妻が婚姻締結の際にゲラーデを構成する物を嫁資として持参することになった。分割の際に妻または妻となるものを特別に優遇する規則を容易に展開できたのはこの事情によるとされる<sup>(51)</sup>。もっとも、②ゲラーデもまた夫のゲヴェーレに服し、夫はこれを自由に処分することができた。ただし、対象物の性格から処分によって数が減少することはあまりないともいえたが、これらの物は婚姻継続中に古びてしまい、価値がなくなり、あるいは喪失してしまうこともあるし、その代わりに補充されたとしても、通常の規則によれば、そのようにして婚姻継続中に新たに調達された物はすべて夫に帰するところ、婚姻解消の際に妻にはほとんどなにも残らないことになりかねない<sup>(52)</sup>。この帰結を防止するため、ゲラーデは入れ替わりが可能な総体と捉えられるようになった。新たに調達されたものも原物と同様

の規律に服するとされたわけである。つまり、ゲラーデ規制は、①対象の嫁資的性格 (Aussteuercharakter) と、②存続保障 (Bestandssicherung) の利益によって支えられていたとみられる。<sup>(53)</sup> ②は①の必然的な効果であるといふことができよう。<sup>(54)</sup> ゲラーデが嫁資としてもっぱら妻に属する物として捉えられるなら、その性格を有する物もまた妻だけに属する物であると解されるからである。

## 2 プロイセン一般ラント法

ドイツ民法典における家財道具の物上代位規定の立法過程では、一七九四年に施行されたプロイセン一般ラント法の規定——民法部分はスヴァーレッツが担当——が取り上げられている。したがって、ここでものちの理解に必要な範囲で、同法上の規定をみておくことにしよう。

### (一) 「別産制」

プロイセン一般ラント法の管理共同制は、ドイツ民法典の法定財産制の原型に位置づけられる。その基本構造は、——「別産制 (Gütertrennung)<sup>(55)</sup>」と呼ばれるように——夫と妻の財産の分離から出発しつつ、夫による妻の財産に対する管理用益を認めるものである。婚姻の成立によって妻の財産は一般に、夫の「管理」に服し (ALR II. 1 § 205)、夫はこれに対して「用益権者 (Nießbraucher) のすべての権利と義務」を有する (ALR II. 1 § 231)。もつとも、契約または法律によって留保される場合にはこの限りでない。法律が原則として規定するのは、性質上妻の専用に供せられる物といわゆる朝の贈り物である (ALR II. 1 §§ 206, 207)。「留保財産 (vorbehaltenes Vermögen)」については妻が管理用益を担うけれども、これに当たらないものはすべて夫の管理用益に服する「持参財産 (Eingebrachtes)」の性格を有する (ALR II. 1 § 210)。妻が婚姻継続中に取得するものも持参財産に組

み入れられるが、のちにみる事情から、とくに相続・贈与などによる取得物 (ALR II.1 § 212) がここに属するとされる。<sup>(56)</sup> 同じく管理共同制と呼ばれていても、もちろんザクセンシュピール法と同じではなく、ここではローマ法の継受の影響を受け、夫の権利が妻の所有権に相對する「用益権 (Niebrauch)」として構成されている——もつとも、通常用益権とは異なり、夫は妻の持参財産本体を処分しうる権利を有する一方、収益を婚姻生活のために支弁する義務を負う——とともに、妻の権利が強化され、たとえば持参財産とは異なり、夫の管理用益が及ばない「留保財産」という明確なカテゴリーが設けられている。<sup>(57)</sup>

## (I) ALR II.1 § 560 の代位

プロイセン一般ラント法上、家財道具の代位と関係する規定は、ALR II.1 § 560 である。それによれば、「もはや存在しない物の代わりに他の物が調達された場合には、妻またはその相続人は、持参財産の代わりとなったその物の返還を求めることができる」。ここで問題となるのは次の三点である。一つは、——ザクセンシュピール法と同様——同条が死亡による婚姻解消後の財産分割の問題として規制されていることである。そうすると、ドイツ民法典上の規定とはやや距離があるように思える。もつとも、この点については、「明文上は」そうであり、ドイツ民法典は「妻の利益のためにさらに先に進んでいる」とみられるが、すでに婚姻継続中にも代位物は妻の持参財産とみなされる、と捉えられている。<sup>(58)</sup> かりにそのように解さなくても、ザクセンシュピール法のところでみたように、根底にある原理のレベルで共通性を認めることは可能であろう。第二は、客体の問題と関連する。この規定は「持参財産である動産 (Mobilien)」の処理のひとつとして位置づけられている。そうであるとすると、客体がゲラーデや家財道具に限定されていないから、共通の基盤を欠き、比較の対象とはならないのではないか。しかし、この差異は見かけほどには大きくない。<sup>(59)</sup> もつとも、その説明はすこし厄介である。ALR I.2

§ 18 の定義によると、「動産 (Mobilien)」は調度 (Möbeln)、『家具 (Hausrath)』、『用具 (Geräthschaften)』を含むとあり、かなり限定されているから、疑問はすぐに氷解するかのようである。しかし、持参財産の分割というコンテキストを考慮すると、対象は体系上、金銭、元本、Mobilien、土地および権利の五つに区分されているところ、本条の Mobilien は ALR I. 2 § 18 が定義するような狭い意味に限定されず、金銭・資本を除いた動産一般と捉えられなければならない。<sup>(60)</sup> 死亡による婚姻解消の際の財産分割という位置づけも含めゲラーデ規制に類する規定であるにもかかわらずなぜそれよりも対象が拡張されているのかが問題となるが、起草当時においてすでにゲラーデの観念は過去の遺物とみられており、規定はいちおうあるものの、あくまで州法や条例の起草者の参考として挙げられたにとどまる (ALR I. 2 §§ 502 ff.) とし、両者の関連を構築する契機はなかったと推測するものがある。<sup>(61)</sup> もっとも、「もはや存在しない」という文言は、「使用不能」「古びてだめになった」<sup>(62)</sup>などを意味するものとされておられ、夫婦間の動産でそのような事態が生じるものといえば典型的には家財道具であろうから、実質的にみれば、客体の範囲は BGB § 1382 a. F. のそれとそれほど異ならないとみることができる。最後は、法的構成の問題である。ALR II. 1 § 560 は「代わり」という抽象的な定式、つまり「代位 (Surrogation)」によって基礎づけられている。<sup>(63)</sup> 「代位」の観念はローマ法に由来する一方、すでにみたように、ゲラーデの意義については懐疑的に捉えられていたことから、同条は、「ゲルマン法とローマ法の混合物」であり、「立法者によってゲルマン法部分<sup>(64)</sup>がそれ自体としては認識されていなかったとしても、ゲラーデ規制の思想がローマ法的の形式においてあらわれたものである」と指摘するものがある。<sup>(64)</sup> もっとも、代位研究者の間では一般には、代位原理なるものは古典期ローマ法には存せず、中世ローマ法学者が作りだしたものであり、むしろ代位原理の根源はゲルマン法に認められると説かれている。<sup>(65)</sup> ともあれ、この角度からも「代位」を定める BGB § 1382 a. F. との連続性を確認することができよう。



そこで、ALRI II.1 § 560 がどのような根拠づけによって正当化されているのが問題となる。①もともと草案の段階では正反対のことが規定されていた。それによると、妻は「なお存在している」動産の返還を求めることができるだけであり、その代わりに調達された動産の返還請求は認められていなかった。しかしながら、スヴァーレツはこれに対して提出された異議に同調し、妻は消費されあるいは損耗したものの代わりに調達された動産をみずから受け取ることができるとした。その理由は、夫がこの動産を他のもので代替させた場合には、*praesumptiones iuris et de iure* (法のおよび法に関する推定「反証を許さない推定」として、おそらく次のことを仮定できるという点にある。すなわち、妻に属する所有権を顧慮すれば、そうした物は消費された物の代わりとなるべきものであった、ということである。<sup>(66)</sup>これに対して、②コッホは「この恣意的な推定は必要ない」として、総体上の用益権の命題を引き合いに出す。<sup>(67)</sup>それによれば、妻の持参財産は「総体 (Indegriff)」であり、そして総体の用益権者は本体をその状態において維持する義務を負う。フェルスター／エツキウスも同様に、夫は「財産上の法定用益権者」であるところ、この「代位」はそこでの「諸原則」に対応したものであるという。<sup>(68)</sup>ここでは、総体上の用益権に関する個別規定<sup>(69)</sup>とともに、「物と権利に関する総体」の一般規定に含まれるルール、「個々の部分が入りまたは排出しても、権利義務は全体においては変じない」(ALRI.2 § 38) が引かれている。デルンブルクは、代位物が「法上妻の所有に属する」のは、「持参財産である動産は集合物 (Sachgesamtheit) とみなすことができる」ところ、夫はこれらをその状態において維持し、かつ補充する義務を負うからであるとし、用益権の規定を指示することなく、もっぱら集合物の一般規定、ALRI.2 § 38 のみを援用している。<sup>(70)</sup>

この理由づけのうち、①は、のちにも引き合いに出される、夫の意思の推定を基礎としたものとみることができ。②は、ザクセンシュピール法と同様に、大まかにいえば「存続保障」に向けられたものと分析することもできよう。<sup>(71)</sup>しかし、存続を担保しなければならないのはなぜか、という点に立ち入ると、新たな視点ないし考

慮を窺うことができる。これは、[1]総体上の用益権と、[2]管理共同制の構造に係る。前後の議論との接続を意識して、簡単に分析しておこう。[1]すでにみたように、プロイセン一般ラント法のひとつの特徴は、夫の権利が「用益権」として構成されている点にある。そうすると、用益権の際の思考を夫婦財産制にも当てはめるといふのは自然な成り行きであろう。さきにみたコッホ、フェルスター／エッキウス<sup>(72)</sup>の根拠づけはまさにこうした思考の道筋を示したものであった。ここでは、さらに次の点に注意すべきである。(a)プロイセン一般ラント法上、総体上の用益権の際には、用益権者が総体を構成する動産を補充した場合に補充物が総体に組み込まれるのみならず、そもそも用益権者は欠缺した物を補充する義務を負担するものとされていた<sup>(72)</sup> (ALRI. 21 §§ 17-18)。そうすると、夫の用益権についても同様に動産の通常の損耗につき夫がこれを補充しなければならないかのようなものである。もともと、夫は「もはや存在しない物または価値が減少した物に関する損害なき責任」については、故意または重過失がある場合——夫の利益のために通常の用益権よりも軽減される——に限って責任を負う (ALRI. 21 § 201)、原則として残存部分だけを返還すればよかった (ALRI. 21 § 559)。フェルスター／エッキウスは、スヴァーレツを引きつつ、動産が婚姻生活中に使用により損耗した場合には、妻が所有者として責任を引き受けるのが公平であるとする。しかし、そうすると、ひるがえって、代位を定めた ALRI. 1 § 560 も同じ理由で排除されるべきようにも思われるが、この点は見合わされたと説く<sup>(73)</sup>。のちの BGB § 1382 a. F. をめぐる議論を先取りすると、プロイセン一般ラント法と異なり、そもそも総体上の用益権の際にも——属具つきの土地を除いて (BGB § 1048) ——補充義務と代位につき明文規定がなく、第一草案ではこのこととのバランスを一つの根拠として、代位の規定は不要であるとされていたのに対して、第二草案では、用益権とは切り離して、そのほかの根拠から——補充義務まで認めるのはゆきすぎであるが、実際に補充された場合には——代位を認めるべきとされ、これが成案になったという経緯がある。つまり、結論だけを拾い上げればプロイセン一般ラント法と同様であるが、用益

権との対比という思考がとられていない点において同法とは異なっているわけである。もつとも、(b)このように問題を「用益権」から切り離れたとしても、デルンブルクが説くように、「集合物」という概念から眺めるならば、総体上の用益権の代位——そのうち明文のある属具をとまなう土地の代位——と、家財道具の代位を比較対照することは、理論的にも実質的にも意味がある。ドイツ民法典制定後にはそのような立場から批判的な分析を与える見解が登場することになる。いずれにせよ、「総体」上の「用益権」という角度からの基礎づけはザクセンシュペーゲル法とは無縁である。さきに指摘した第二草案の立場との関係でも、重要なのは実質的な問題であろう。そこで、[2]プロイセン一般ラント法において存続保障を担保しなければならない制度上の理由を探求しなければならぬ。

この問題について、ザクセンシュペーゲル法と同じように、プロイセン一般ラント法上も、「原則として婚姻継続中に調達したすべての物、とくに家財道具が夫に帰属してしまう」という考慮が働いたといわれている<sup>(74)</sup>。しかし、両者の連続性についてはいくらかの留保が必要である。プロイセン一般ラント法上も、ザクセンシュペーゲル法と同じように、夫は妻の持参財産に含まれる動産について「自由に処分」できた (ALR II. 1 § 247)。だから、処分による喪失の危険が夫にあったのはザクセンシュペーゲル法と同様である。もとより使用による自然の損耗も生じうるし、——すでに「もはや存在しない」の解釈で示唆したように——むしろ ALR II. 1 § 560 のような射程範囲はこのようなケースである。しかし、婚姻継続中に調達された動産がすべて夫の所有に帰したわけではない。夫が自己の名で調達したものが夫に帰属するのはもちろんである。のみならず、妻が婚姻継続中に取得したのも夫の所有に属するのが原則であり (ALR II. 1 § 211)、それによると妻が特殊な職業行為で稼ぎ出した所得ですら一般に夫が取得することになりうる。けれども、この規定はそのような活動によるものは除くというように制限的に捉えられ、売買や交換などの法律行為に基づき自己に属する財産客体の対価としてみずからの

ために取得したのも妻の持参財産に帰属すると解されている。<sup>(75)</sup> そうすると、みぎの意味において同法との連続性を肯定することはできないであろう。もつとも、妻が自己の所有する家財道具の状態をみずから管理し、婚姻継続中に補充された家財道具が夫の単独所有に帰するのを排除できたかどうかは疑わしい。留保財産の範囲がいちじるしく狭く、持参財産については夫がこれを用益し、かつ管理したからである。とりわけ、すでにみたように夫は持参財産を構成する動産を自由に処分でき、不動産については妻の同意を必要とする (ALR II. I § 232) —— この点についてはザクセンシュペーゲル法も同様<sup>(76)</sup> —— もの、そうした重要な財産ですら夫の管理用益との関係で妻の同意の拒絶が許されない場合があった (ALR II. I §§ 234-238, vgl. § 239)。この夫の強力な権利の反面において、妻の持参財産に対する権利は制限され、妻は夫の同意がなければそもそも債務を引き受けることができず (ALR II. I § 320)、妻が持参財産について夫の同意をえずに契約を締結してそこから履行したとしても、契約の拘束力はなく、夫は契約相手方に給付物の返還請求をすることができた。<sup>(77)</sup> 夫の後見的地位によって妻の行為能力は制限され、妻は権利を取得することはできなかった —— ALR II. I § 211 の一般規制との関係は既述 —— が、義務は負担できないとされていたため、妻は双方向的な行為については「不完全契約」しか締結できなかったわけである。<sup>(78)</sup> もとより、そもそも妻は家事を担当するものとされていた。だからこそ、妻には妻の権利としていわゆる鍵の権力 (Schlüsselgewalt) 「日常家事処理権」が付与されていたのである (ALR II. I § 321)。そうすると、妻はみずから家財道具を調達することができたともいえそうであるが、しかし、鍵の権力はあくまで夫の代理人として行使するものであり、妻自身は義務を負担しないが、権利もまた取得できなかった。<sup>(79)</sup> 家事活動のみに従事する妻に所得への参与が認められなかっただけではない。「別産制」とは名ばかりで、妻は自分の財産ですら夫に使われ、みずからこれを自由に運用・取得することはできなかったのである。存続保障の合理性は、このような意味で妻の財産が一般に夫の管理用益に服していたことから基礎づけられるといえることができる。

さて、すでにみたとおり、ALR II. 1 § 560 の客体は「動産」であるとされ、文言上は少なくとも家財道具とは接続していなかった。しかし、家財道具に関連して、「先取分 (Voraus)」という制度が特定相続としておかれている。のちの議論にも関わるので、すこしみておこう。それによれば、配偶者死亡の際に、生存配偶者は——被相続人の直系卑属と競合する場合を除いて——日常の使用に供されていた寝具類・食卓類などを前もって保持することができる (ALR II. 1 §§ 628, 629)。この制度は機能的にはゲラーデ規制に類するもののようにもみえるが、本稿の文脈では区別して捉えられるべきである。<sup>(80)</sup> 同制度の趣旨は主として、生存配偶者にこれまでの生活を普段どおりに継続させる点にあり、そうであるからこそ、妻のみならず、夫も、受益主体となりうるものとされている。むしろ、夫がさきに死亡した場合には妻は ALR II. 1 § 560 の代位に基づき所掲の動産を取り戻せることを考えれば、この規定の実際上の意義は妻が先に死亡した場合、つまり夫が受益主体となるケースにあつたとみることができる。ゲラーデ規制の際に前面に出ていた家財道具の嫁資的性格は、ここでは後景に退いているのである。もっとも、逆にいうと、夫死亡のケースで子がいないときには妻はこの制度を援用できたから、代位の規定がなくてもこの限りでは不利益を被らなかつたということができない。この点がのちに代位制度不要の理由のひとつとして援用されることになる。

### 三 ALR II. 1 § 560 の修正作業

このように、ALR II. 1 § 560 は、夫の意思の仮定と存続保障の観点から根拠づけられていた。もつとも、あまりよく知られていないが、<sup>(81)</sup> 同条は同法の修正作業の際に削除の憂き目にあっている。修正草案理由書<sup>(82)</sup>によればその理由は次のとおりである。

たしかに、この規定は、新たに調達された物が原目的物の代わりとなる、という考え方によって正当化されて

いる。良き家父は使用により生じた動産の欠損を埋め合わせる義務を負い、妻がこれを持ち込まなくても、自己の資力などによって調達しなければならなかったであろうと説かれている。<sup>(83)</sup> しかしながら、この規定は適切なものではない。<sup>(84)</sup> ①「良き家父」は物をみずから自分のために調達する。他人のためにするのではないのである。また、②代位の規定は「争いのもと」になるであろう。というのは、妻が持参した動産の価格よりも、夫のちに代わりに補充した物の価格が高い場合には、妻がより高価な代償を受け取ることになるからである。そもそも、③夫は法律上妻のすべての持参財産を管理用益し、法定の制限内でこの権利を用いる限り、物の使用による損耗について夫が責任を負う理由はない。しかしながら、ALRH. I § 560はその代わりに調達された物を妻に帰属せしめており、この原則と「矛盾」している。①は仮定的意思による根拠づけに対する批判、②は価値の不均衡が生じうる点を指摘したものである。③によれば要するに、妻は自己が持参した動産に関する損耗によるリスクを自分自身で負担せよ、ということになる。これは、——総体上の用益権あるいは夫の管理用益権を根拠とする——特別な存続保障を不要とする立場である。もっとも、その基礎づけはかならずしも明白でない。いずれにせよ、これらの批判はのちの議論の際の批判の先駆とみることができる。

#### (四) その他の代位

ドイツ民法典との対比では、プロイセン一般ラント法が、(1)持参財産の資力代位と、(2)留保財産の代位についていかなる態度をとっていたのかも問題となりうる。

(1)の問題は、家財道具の代位の導入との関連で密接なつながりを有するものである。プロイセン一般ラント法によれば、夫が持参財産の資力を用いて取得したものは夫の所有に帰するのが原則である。もっとも、この限りではドイツ民法典の資力代位 (BGB § 1381 a. F.) も同様であるとみることができる。のちに詳しくみるように、

同条は、夫が持参財産の計算で取得する意思を有していたことから出発するために、代位物の対象から不動産などを除外しているからである。だから、ALR II.1 §§ 240, 241 が、持参財産に基づき取得された不動産などにつき、妻名義のものに限って妻の所有に帰するとしているのは、BGB § 1381 a.F. に比して格別妻の保護に薄いわけではない<sup>(85)</sup>。問題は、動産についても一般に、——ALR II.1 § 560 に当たらない場合、すなわち使い古した動産の代わりを補充したケースを除いて——代位が排除され、夫が持参財産の資力を用いて購入や譲渡をした場合にも、妻が所有者になるわけではなく、夫が妻の債務者となるにとどまるとされている点である<sup>(86)</sup>。この規律は BGB § 1381 a.F. とは顕著に異なる。この立場を「代位敵対的<sup>(87)</sup>」と一言で説明するのは簡単であるが、ここではもう少し立ち入って分析してみよう。すぐあとで指摘するように、資力代位は第二草案においてはじめて導入されたのであるが、その契機は、第一草案とは異なり、夫は一般に妻の名で代理人として行為するのではなく、——同意が不要な場合はもちろん、必要な場合をも含めて——自己の名で行うとされた点、そうすると、夫が持参財産の計算で持参財産の資力によって取得したのも夫の所有となり、妻はたんなる債務者になってしまうが、妻の破産特権が排除されている以上、これでは妻の保護に欠けるといふ点にあった。プロイセン一般ラント法において、夫が一般に代理人として行為したのか、自己の名で行ったのかはあまりはつきり<sup>(88)</sup>としない。しかしながら、この問いはともかく、のちに廃止された<sup>(89)</sup>とはいえ、同法においては当初夫が破産した際に妻の特権が認められていたことが重要である。この事情——後者が、代位の不存在の合理性を支えていたとみることができよう。

なお、(2)留保財産の代位は、持参財産の代位とは性格を異にしている。これは、夫の管理用益に服する持参財産の代位物を妻に帰属させるのではなく、妻が管理用益をなう留保財産の代位物を——一般原則によれば持参財産となり、夫の管理用益に服してしまうはずであるが、これに反して——ふたたび留保財産に割り当てるとい

う意義を有するものである。ここでは、ドイツ民法典とは定式・範囲は異なるものの (BGB § 1370 a. F.)、プロイセン一般ラント法もこれを認めていたこと (ALR II. 1 §§ 217, 218)<sup>(90)</sup> を指摘するにとどめよう。

#### 四 ドイツ民法典の制定——原初規定

##### 1 夫による婚姻上の管理と利益の体系

ドイツ民法典(一八九六年)の編纂の際には、各地域における法の分裂状況を前にして、そもそも全ドイツに統一的な夫婦財産制が創設されるべきなのか、という点から議論を始めなければならなかったが、最終的には、法定財産制として管理共同制が採用され、これとやらんで夫婦間の契約に基づく他の財産制、すなわち別産制のほか、一般的財産共同制、所得共同制、動産共同制が規制されることになった。<sup>(91)</sup> 起草者プランクによると、管理共同制は、所得共同制と同じく、「夫婦双方の財産の帰属は婚姻締結によっても変更されないが、双方の財産と労働によりえられた収益は、夫婦がみずから共同で義務づけられる婚姻費用をまかなうために用いられるべきところ、この目的のために妻の財産は夫の財産と夫のもとで結びつけられなければならない」という思想を基礎とするが、所得共同制とは異なり、この思想は「双方の財産と労働の収益が次のようにして夫に委ねられる」こと<sup>(92)</sup> によって実現される。すなわち、「妻が独立の所得活動を営む際に修正が生じてきているのを留保すれば」夫はその単独所有権を保持するが、しかし他方で婚姻費用については夫が単独で負担するよう義務づけられるという「法」である。管理共同制が法定財産制として受け容れられたのは、この財産制がもっとも広く用いられていたとのほか、プロイセンが政治的に優位に立っていたという事情が大きい。

ドイツ民法典における「管理共同制」——正確には、夫による婚姻上の管理と利益の体系」と呼ばれるべきで



ある<sup>(93)</sup>——では、夫と妻の財産は別個のものであるが、妻の財産は一般に「持参財産 (eingebrachtes Gut)」であるとされ、婚姻締結とともに「夫の管理と利益に服する」(BGB § 1364 II a. F.)。妻が婚姻継続中に取得する財産もまた持参財産に属する (BGB § 1363 II a. F.)。もっとも、「留保財産 (Vorbehaltsgut)」に対しては夫の管理利益は及ばなく (BGB § 1365 a. F.)。これには法定のもののほか、夫婦財産契約によるものがあり (BGB § 1368 a. F.)、法定留保財産としては最初に、妻の専用に供せられる物が定められている (BGB § 1366 a. F.)<sup>(94)</sup>。つまり、プロイセン一般ラント法の骨格が承継されていたわけである。もっとも、両者はまったく同じものではない<sup>(95)</sup>。とりわけ、留保財産の範囲がいちじるしく拡張されている点が特徴的である。妻が相続や贈与により取得したもの (BGB § 1369 a. F.) のみならず、妻の労働および独立の営業行為により取得したもの (BGB § 1367 a. F.) も留保財産に属する。プロイセン一般ラント法では前者は持参財産に属し、後者は文面によれば持参財産どころか、そもそも夫の財産に割り当てられていた。同法においては妻の行為能力が制限され、夫の同意なくして義務を負担することができないとされていたのに対して、ドイツ民法典は妻の独立の行為能力の承認から出発し、妻の義務負担能力を制限していない (BGB § 1399 a. F.) 点も重要である。もっとも、そうであるとはいえ、持参財産に関する限り、妻が夫によって自己の財産を利益され、その管理——正常な管理 (BGB § 1374 a. F.) ——に服していたことに変わりはない。とりわけ、夫は妻の同意がなければ持参財産を処分できないのが原則であった (BGB § 1375 a. F.) けれども、——動産一般ではないという点は非常に重要であるが——金銭そのほかの消費物などについては例外であるとされ (BGB § 1376 a. F.)、持参財産の正常な管理に必要なのに、十分な根拠なく妻が同意を拒絶するときには、後見裁判所に申し立てることによって同意を代替することができた (BGB § 1379 a. F.)。妻にはたしかに独立の行為能力があり、義務負担能力までは認められていたけれども、夫の権利との競合が生じるために、妻が持参財産について処分行為をおこなうには夫の同意をえなければならなかった (BGB § 1395 a. F.)。独立の営業

行為により取得したものが留保財産に含まれるようになったとしても、その際に通常必要とされる金銭については夫の同意がある場合にだけ支弁できたのだから、その意味ではプロイセン一般ラント法とそう変わらなかつたといえるであろう。<sup>(96)</sup>もとより、主婦婚が念頭におかれていたために、妻には婚姻の一般的効果として鍵の権力「日常家事処理権」が付与されていた。妻はこの権利によって日常家事を処理し、家財道具を調達することができたわけである。しかし、これもまた同法と同じように、その際には夫の代理として行為するものとされていた(BGB § 1357 a.F.)。つまり、妻の財産の所有関係に変動はないといっても、本質的な権能がなお夫に握られ、妻は手と足を縛られていたから、やはり妻は自分の財産を自由に運用・取得することはできなかったのである。

さて、管理共同制の際には三つの代位が定められている。すなわち、①留保財産の代位に関する BGB § 1370 a.F.、②持参財産の資力代位を定める BGB § 1381 a.F.、そして、③持参財産中の家財道具に関する代位を定める BGB § 1382 a.F. がある。① BGB § 1370 a.F. によれば、妻のえた留保財産の代位物は——夫の管理利益に服する持参財産ではなく——ふたたび留保財産に帰属する。代位物の種類は、(a)「留保財産に属する権利に基づき」取得するもの、(b)「留保財産に属するものの滅失、損傷または侵奪の代償として」取得するもの、(c)「留保財産に関する法律行為によって」取得するものである。他方、② BGB § 1381 a.F. は一項において、(d)「夫が持参財産の資力によって動産を取得する場合、その所有権は取得とともに妻に移転する」と定め、「ただし、夫が持参財産の計算により取得する意思がないときはこの限りでない」と続けたあと、代位物についてとくに「無記名証券および白地裏書ある指図証券」に関して同様であるとし、さらに二項においてこの規定は、「前項に掲げた物の上に権利を取得し、または、譲渡契約のみにより移転することができる他の権利を取得するとき」に準用すると定める。③ BGB § 1382 a.F. はすでに最初に見たとおり、夫が「妻から持参されたが、もはや存在しないまたは価値の喪失したものの代わりに調達する家財道具」をふたたび持参財産とする規定である。これらのルール

は、約定財産制におけるおのの対応財産にも通用している。すなわち、①留保財産の代位は、一般的財産共同制・所得共同制・動産共同制における留保財産に準用され (BGB §§ 1440 II a. F., 1526 I a. F., 1549 a. F.)、②所得共同制と動産共同制における持参財産には、資力代位に相当する規定が設けられている (BGB §§ 1524 a. F., 1554 a. F.)。興味深いことに、③家財道具の代位もまた、所得共同制と動産共同制における持参財産に準用されている (BGB §§ 1525 II a. F., 1550 II a. F.)<sup>(97)</sup>。

規範内容が複雑なので、簡単に整理しておこう。<sup>(98)</sup> (a) から (d) までの定式は、夫婦財産法のみならず、相続回復請求権・共同相続財産・先位相続財産・親子財産・組合財産の際にも——「留保」「持参」をそれぞれ適当な財産名に変更したかたちで——みいだされるところ、このような財産における代位の定式はおの、(a) 結果取得、(b) 代償代位、(c) 関係取得、(d) 資力代位などといったように特徴づけられている。(a) と (b) はおもに法律により生じる代位物 (法律的代位)、(c) と (d) は法律行為によって生じる代位物 (法律行為的代位) を把握するものである。(a) と (b) はまとめて一緒に定められるケースが多いため、これらは「通例条項」などと呼ばれている。すでに述べたように、物上代位は一般に、意思とは無関係に生ずる点に特徴があるといわれるが、例外的に、明文上、当該財産の計算により取得する意思<sup>99</sup>が求められ、このこととの関係上対象が動産や譲渡可能な権利に限定され、不動産などが排除されるケースもある。留保財産の代位 (①) は代位物として、(a) (b) (c) を把握するが、持参財産の資力代位 (②) では (d) のみが定められ、さらに——例外ケースとして——「持参財産の計算により取得する意思」が求められている。このようにみると、本稿の直接の対象である、家財道具の代位 (③) が体系上どのような位置づけられるのが問題となる。この問いにはまたあとで触れるが、一般には、家財道具は「財産」ではなく「集合物」の一つであり、(a) ないし (d) の定式で表現される財産上の代位ではなく、むしろ集合物上の代位のひとつに定位されている。代位論の主要な課題は、様々な定式が使い分けられているのはなぜか、こうした相違は

正当化されうるのか、という点にある。しかしながら、本稿ではこの問題に深く立ち入ることはできない。<sup>(99)</sup>あくまで家財道具の代位を中心としつつ、それに必要な限りで、他の代位、とりわけ持参財産の資力代位の問題を取り上げることとする。

本稿が家財道具の代位を対象としているにもかかわらず、とくに持参財産の資力代位にも触れなければならぬ理由は、直接にはその立法史にある。この二つの持参財産に関する代位はともに、——留保財産の代位がすでに部分草案において規定されていたの<sup>(100)</sup>と異なり——第一草案までは規定がなく、第二委員会のなかではじめて取り上げられた<sup>(101)</sup>が、その際にはもともと一つの条文の前文・後文として提案されたという経緯がある。だから、家財道具の代位を読み解くには、持参財産の資力代位もまたみておかなければならない。考察の際には、第一草案まではなぜ規定がなく、また、それにもかかわらず第二委員会において提案がなされた理由はどこにあるのが問題になる。そして、議論の理解のためには、あらかじめ両者の特徴と疑問に思われる点を明らかにしておくなければならない。すでに触れたように、両者のもつとも大きな差異は、原目的物と代位物の関係にある。資力代位においては、持参財産の資力によって取得されたもの——たとえば、持参財産に属する金銭を用いて動産を取得した場合や、動産の譲渡の対価——が持参財産に帰属する。厳密にいうと、「資力」については物権的な権利に限られるか、それよりもひろく捉えられるかに争いがあり、「代位物」についてもみぎのような場合に物権取得だけを決定的なものとするのか、まず反対「債権」を取得し、履行行為によってこの債権の消滅の代位物として「物権」を取得するとみるのかという問題や、夫の処分が無効であるときに——金銭など、法上夫に処分権が属する場合、妻が処分に同意したまたは後見裁判所がこの同意を補充した場合のほか、善意取得によって処分が有効になりうる場合を除く——代位は生じうるのか、追認が必要であるとしてもいつまでに追認が必要なのかなどの問題がある<sup>(102)</sup>とともに、すでに述べたように、明文上夫の「持参財産の計算により取得する意思」が要求され、

その関係で不動産などが代位物から除外されているという特徴がある。とはいえ、ともかく代位が生じる際には、両者の密接な関連性——前者が後者の「反対給付」<sup>(103)</sup>を形成する——が認められる。これに対して、家財道具の代位では、このような関連性は存しない。それによれば、妻が持参した食卓机が壊れたために夫が新しい食卓机を購入した場合、新しい机の所有権は妻の持参財産に帰属する。たしかに、両者の間には使い古したために補充が必要になったという因果関係は認められるが、反対給付関係までは認められない。それが認められるのは資力の出所との関係である。ところが、ここでは夫と妻のいずれの資力が用いられたのかは問われない。冒頭の設例のように、夫が自己の金銭で机を購入したとしても、妻がその所有権を取得するのである。しかし、この場合には、やはり机の所有者であった妻が損耗による喪失のリスクを負担しなければならないようにもみえる。二つの代位の関係については、家財道具の調達のために持参財産の資力が用いられた場合にいずれが優先するのかという問題が生じうるが、この場合には家財道具の代位の規定が適用される。

以上のようにみると、資力代位は肯定されてもよいはずなのに当初は規定されていなかったのはなぜか、また、規定の際に夫の意思が必要とされた理由はどこにあるのか、逆に、どうして「家財道具」についてだけ、こうした緩やかなつながりのもとに代位を認め、しかも明文上夫の意思を不要としたのかが問題となる。ザクセンシュピーゲル法・プロイセン一般ラント法との対比が必要なのはいうまでもない。立法資料<sup>(104)</sup>を読む際には、以上の問題・視点を意識して分析しなければならない<sup>(105)</sup>。

## 2 BGB § 1382 a. F. の立法過程

### (一) 持参財産における代位の不存在——部分草案から第一草案まで

第一草案において持参財産の代位が定められていなかった理由は、第二委員会の主委員会において説明されて

<sup>(106)</sup> いる。それによると、代位の要否は、夫が妻の持参財産を管理する際の方式にかからしめられる。第一草案の構想によれば、夫が妻の持参財産に関する法律行為をおこなう場合、夫は妻の代理人として現われるのが通常である。夫は代理権に基づき妻の名において管理するわけである。したがって、その効果は直接に妻に生じ、取得された権利は持参財産に属することになる。代位の効果は代理によってすでに生じているから、ことさら代位を定める必要はなかった。<sup>(107)</sup> 第二委員会はこれとは本質的に異なる立場に与している。一言でいえば、それは代理権 (Vollmacht) ではなく同意 (Zustimmung) を中心にすえる体系である。夫が持参財産に関する法律行為をおこなう際に代理権の付与を求めるのは首尾一貫しない。それはすでに管理権に含まれているからである。妻の保護は必要であるが、それは場合によって妻の同意を求めることで十分である。そうした同意なくして処分できる場合には夫は自己の名で行為してよく、また、そうでない場合にも妻の同意をえて自己の名で行為するか、妻の名で行為するかを選択することができる。むしろ夫は通常は自己の名で行為するから、持参財産は対外的には夫の財産であるかのように現われる。この場合には、第三者との関係ではもっぱら夫が権利義務を負うことになる。妻は自己の財産を処分されるが、取得された財産は妻ではなく、夫に直接帰属する。ここにおいてはじめて、代位の規定が必要ではないかという問題意識が生じることになる。

もっとも、この説明は、資力代位が導入されていなかった理由を明らかにしているだけで、家財道具の代位が定められていなかったのはなぜかという問いについては十分に応えていない。というのは、同規定は、夫が自己の資力により家財道具を調達する場合も対象とするからである。この場合には、第一草案の立場にたったとしても、いずれにせよ夫は自己の名で行為し、その効果は夫にのみ帰属したから、もし管理の方式だけで代位の要否が決まっていたなら、家財道具の代位の規定は当初から設けられていなければならなかったはずである。しかし、第一草案にはそうした規定はない。第一草案理由書の編纂者はその理由を、夫は妻の持参財産の対象に生じた通

常の損耗についても義務・責任を負担するか、という角度から述べている。<sup>(108)</sup> その論旨は次の三点に整理できよう。体系的にみると、①属具をともなう土地を目的とする用益権 (E I § 1000 = BGB § 1048) 「の際には、用益権者は属具を構成する物の通常の損耗の場合も含めて代償を調達する義務を負うとともに、調達物は属具への「組入れ」時に属具所有者の所有に属するとあるが、このルール」はあくまで「例外」であり、一般化できるものではない。むしろ、「倫理的基礎に基づく夫婦間の関係」には通常の損耗に関する無条件の代償義務は適しない。内在的ないし実質的には、たしかに、②「管理共同制」体系の基本思想」によれば、妻はあくまで財産の収益によってのみ婚姻生活上の負担に寄与すべきであり、その本体は返還してもらえないはずである。にもかかわらず、長い婚姻生活の間に妻の財産が通常の損耗によってすべてなくなってしまうこともしばしばある。しかし、夫がつねに代償を供与しなければならぬというのは硬直的な清算を意味し、しばしば夫にとって苛酷になる反面、妻に生じうる不利益は、少なくとも、夫の死亡による婚姻解消の際に、家財道具・婚姻生活に属する世帯道具の先取りが認められる「遺贈として構成される点を除いてプロイセン一般ラント法と同様」(E I § 1971 = BGB § 1932 a. F.) 限りにおいて、いくらか緩和されている。法状況をみると、③現行法は一般に通常の損耗の際の義務を定めていない (ALR II. 1 § 561 など)。たしかに、プロイセン一般ラント法は ALR II. 1 § 560 によってこの一般原則を修正しているが、この規定は修正草案理由書の<sup>(109)</sup>いうように、「実際上の観点からも、夫の意思の推定という点からみても」正当なものとはみられない。

このようにして第一草案では、持参財産上の代位が定められることはなかった。これらの構想——代理権に基づく妻の名による管理、通常の損耗の際の義務の不存在——は、プランク起草の部分草案にまで遡るものである。<sup>(110)</sup>

(二) 代位規定の導入をめぐる議論——第二委員会の審議からドイツ民法典の制定まで

第一草案の提示した夫婦財産制の構想には様々な角度から批判がなされた。本稿の文脈で重要なのは、①管理共同制によると所得に対する妻の寄与が評価されないという批判、②夫が妻の持参財産を管理する際には自己の名で行うという構成を志向する主張である。<sup>(11)</sup> 帝国司法庁準備委員会が家族法につき審議をした形跡は見当たらず、<sup>(12)</sup> その検討は第二委員会の手に委ねられた。夫婦財産法については副委員会があらかじめこれを審議し、その成果である反対草案をもとに主委員会で審議がおこなわれた。すでにみたように、②については本質的な修正がなされたが、①の点は維持されることになった。しかし、後者についても代位の文脈で一定の配慮がなされ、この視点から管理共同制下の代位を正当化する方向がのちに有力になっていく。以下、持参財産における代位の成立経緯を考察しよう。<sup>(13)</sup> あらかじめ、ここでは「代位に関する諸原則」<sup>(14)</sup> の存在が当然の前提とされ、その適否と範囲が問題となっていることを指摘しておく。

主委員会に提出された副委員会による反対草案 § 30 の特徴は、持参財産の資力代位と家財道具の代位、つまり BGB § 1381 a. F. と BGB § 1382 a. F. の原規定を、ひとつの条文の前文と後文にまとめ、前者の代位物が「持参財産となる」としたあと、後者の代位物も「また同じ」と規定している点である。ここでは、(1)副委員会が両者をまとめて提示した理由と、(2)家財道具を対象とする後文をわざわざ付加したのはなぜかが問題となる。これらの問いに絞って多数意見の<sup>(15)</sup> 説くところを分析すると、次のとおりである。まず、(1)前文の際には「妻の利益のために持参財産をその本体のまま維持する、という立法目的が代位の諸原則の適用を端的に正当化する」と説かれ、後者は「持参財産の本体が妻の利益において維持されなければならない」という考え方を首尾一貫したものであるとされる。つまり、両者は持参財産の本体の維持という点で趣旨が共通するところ、一条にまとめられたというわけである。そして、(2)家財道具につき後文を起草したのは、それが「夫婦の通常意図」に合致するからであるとし、続けて、——おそらく第一草案理由書の理由ないし批判の③「現行法は一般に代位を認めていな



い」を意識したのである——この規律は管理共同制を現行法とするところの法的確信にも合致する、ザクセンでは、妻が持参した布製品が洗濯によって損耗したところ夫が新たにこれを補充したときには、妻の名でサインするのが通常であると伝えている。

主委員会における反対草案§§Eの審議では、プランクによって削除案が提案されたもの<sup>(116)</sup>、多数意見はこの規定を維持し、——のちにみる文言の付加を除いて——第二草案ではドイツ民法典とほぼ同様の規定が設けられた(E II §§ 1279, 1280)。結果として二つの条文に分けられたのは、両者がはっきりと区別して議論され、異なる要件が定立されたからであるとみられる<sup>(117)</sup>。

資力代位の際には必要性、夫の意思、対象の制限の三点が問題となる。多数意見の論旨を整理すると、まず、すでに触れたように、(a) 夫は妻の持参財産を代理人としてではなく、同意に基づき自己の名において管理する。そうすると、妻の持参財産は対外的には夫の財産であるかのように現われ、持参財産に関する行為については夫のみが権利義務を負うことになる。しかしながら、一般原則によれば、夫は他人の財産の管理人と同じように、持参財産に関して締結した法律行為の効果を妻に移転する義務を負うはずである。物の所有権あるいは債権を譲渡しなければならぬ。けれども、夫婦間でこのような法律行為に基づく移転がきちんとおこなわれるのはまれであり、むしろ忘れられるのが通常である。そうすると、夫が妻の持参財産の資力を用いてあるものを取得する場合には、持参財産の本体が減少してしまう。たんに夫に対して損害賠償を請求できるとどまる。しかし、妻の破産特権は廃止されているから、夫が破産した場合、妻はたんなる一破産債権者として取り扱われ、損失をこうむることになる。この危険は代位によって排除されなければならない。そして、(b) 「このことは通常夫の意思に対応している」。けれども逆にいえば、この夫の意思に対応する限り、という限定が課せられるべきである。あらゆる対象に代位を拡張するのは、妻の保護を考慮しても、必要以上に一般原則からの逸脱を生じさせること

になる。したがって、「代位原則の適用」は、動産や譲渡可能な権利に制限されなければならない。他方、とりわけ土地に対して拡張するのはゆきすぎである。夫が土地を取得し、自己の名で登記する場合には、夫が妻のために取得したのではないことがただちに明らかになる。また、土地について特別な移転行為が必要であることはだれもが知っており、夫がこの行為を忘れてしまうのが通常であるとはいえないからである。記名証券・通常の指図証券が客体から排除されるのも同様の考慮に基づく。もっとも、(c)「持参財産の計算により取得する意思」をどのように位置づけるのかは別途問題となる。すなわち、夫が持参財産の資力によって取得した場合、妻がその事実にくわえて、夫がその際に持参財産の計算で取得する意思を有していたことを証明したときにはじめて代位を主張できると構成するのか、そうではなく、むしろ夫が持参財産の計算で取得する意思がなかったことを証明したときに限って代位が排除されると構成するのか。この問いについては後者の立場がより正当である。というのは、「取得と持参財産との実体的な関連性」が、立法者をして形式的にみると持参財産に属しない取得物をこれに属するものとみなすと命じることを正当化するからである。夫が持参財産の資力によって取得した場合、大多数のケースにおいて持参財産の計算において取得する意思が存するであろう。もっとも、例外的にそうした意思がない場合に代位を生じさせる必要はないので、夫の抗弁を許すべきである。

こうして資力代位が多数意見によって支持されたあとも、なお家財道具の代位についてはこれを不要であるという異論があった<sup>(119)</sup>。それによると、一方では、妻は家財道具を婚姻の目的に指定することで損耗などの危険をみずから引き受けていることを示しているとみることができる。このように解しても、先取分制度があるから不公正な結論にはならない。他面で次のような考え方もたしかにある。妻はつねに財産の収益のみを婚姻の目的に指定しているところ、その本体の減少については原因いかんにかかわらず夫に完全な代償を求めることができる。家財道具の利用については夫がもつばら危険を負担する。しかし、①妻の故意または重過失によって家財道具が

滅失した場合にも代位を生じさせるのは正当でない。同じような不合理は、②婚姻生活開始の直後に大火事によってすべての家財道具が滅失した場合にも生じる。最後に、③夫の債権者に不合理なリスクを負担させることになる点も見逃されてはならない。したがって、代位物の法的運命については一般原則によって決せられるべきである。

もつとも、多数意見はこの批判を支持しなかった。<sup>(120)</sup>以下の論旨がこの後の議論を支配することになる。積極的な理由づけは大きく四つに区分できよう。すなわち、多数意見によれば、[1]「管理共同制の本質と目的から、妻にその持参財産の本体を維持すべき夫の義務が明らかになる」。このことはまず第一に基本となる財産に関して当てはまるが、家財道具についても同様であるといわなければならない。妻は自己の家財道具を婚姻解消の際に正常な状態で返還してもらうことを期待できる。[2]夫にとってこの義務を履行することは、少なくとも名誉なことである。とはいえ、立法者が妻に、家財道具を定期的に補充するよう夫に求める訴求可能な請求権を与えることはゆきすぎであろう。けれども、夫が滅失しあるいは価値のなくなった家財道具の補充としてある対象を調達したならば、その対象は持参財産となり、この場合に夫は妻に調達費用の償還を求めることはできない、と規定することはできよう。このことが「誠実で立派なあらゆる夫の通常の意味」に合致するのである。また、[3]妻は法定財産制においては所得に対する持ち分を有しないけれども、代位においてそのこと「小さな対価」を受けられることになる。そして、[4]もしも代位の規定を設けないならば、あらゆる事例で「いかなる意味で調達がなされたのか」を調査しなければならなくなってしまう。しかし、このことは「実際上の根拠から」好ましいとはいえない。このように述べたあと、批判に対して次のように応答する。代位は婚姻生活上の損耗に限定されない。偶然的滅失や悪化の際にも、新たな調達がおこなわれるのは調達対象が持参財産に属すべきという意味においてである。妻に故意や重過失があるといったまれな事例については立法者はとくに考慮する必要はない。この反論

は直接には批判の①に向けられているが、②についても同様に応えるのであろう。③に対しては応接されていないが、これは管理共同制の目的と本質(①)、妻が所得に対する持ち分を有しないこと(③)および実際の根拠(④)で対処できると考えたものとみられる。

こうしてE II § 1279とE II § 1280が成立したあと、第二草案の修正の際に、後者すなわち家財道具の代位につき「もはや存在しない」のあとに、「または価値の喪失した」という文言が付け加えられた(E II rev § 1367)。帝国司法庁覚書では、資力代位に関しては目新しい説明はないが、家財道具の代位については、帝国議会に対して分かりやすく説明しようとの配慮からか、第二委員会では当然の前提となっており、議事録にははっきりと記されていない点(12)が補足されている。すなわち、ここでは、①持参財産の資力により調達されているのか、夫の資力により調達されているのかは問われないし、②調達が「夫の計算でなされているのか、妻の計算でなされているのかも区別されない」ということである。①は議事録から容易に推測しうるものであったが、②は議事録全体を丁寧に読まないと引き出すことができないものであった。②に関してはドイツ民法典制定直後に議論が紛糾することになる。これらは規範内容の確定であるが、根拠づけとしては、これも文書の性格によるのであろう、実益的色彩の強い④のみを指摘し、この規定によって「財産制終了後の分割が本質的に単純化される」としている。なお、ALR II § 560を引き、同規定はこれにならったものであるとして権威づけているけれども、第一草案理由書が同法の修正作業の際には同条の廃止が提案されていた旨を指摘しており、そのためか第二委員会ではもはや言及されていないことを考えると、不誠実な「覚書」であるとのそしりを免れないであろう。ともあれ、このようにして両者ともに異論なく、BGB § 1381 a. F.とBGB § 1382 a. F.が成立することになった。

## 3 BGB § 1382 a. F. の立法目的

### (一) 立法過程の整理

立法過程を振り返ると、家財道具の代位は、基本的には持参財産の資力代位と共通の考え方によって支えられていたとみることができる。それは、(i) 夫は妻の持参財産から収益を受け取ることはできるが、その本体は維持しなければならぬという管理共同制の目的と、(ii) 代位は「夫の通常の意味」に対応するものの、逆に、——一般原則からの逸脱を必要以上に生じさせないために——その範囲を超えては承認すべきでない、という二つのテーゼである。そうであるから、まず、夫が妻の持参財産の資力によって取得したものは持参財産に帰属する(資力代位)。夫は一般に妻の持参財産を代理人としてではなく自己の名で管理するところ、その取得物もまた自己の財産に帰属する。しかし、他人の財産の管理人として、これを妻に移転しなければならない (i)。もっとも、夫婦間でこうした法律行為がなされるのはまれであり、他方で妻の破産特権は排除されているから、一般原則によれば夫の破産の際に妻は一破産債権者として取り扱われる危険がある。代位はこの危険を排除するものである。ただし、夫の通常の意味に対応する以上に妻の保護を図るのはゆきすぎであろう (ii)。だから、土地は代位物から除かれる。土地について特別な移転行為が必要なのは明白であり、夫名義で登記された際には自己の計算で取得する意思があったと認められるからである。したがって、同条の客体は、動産や譲渡可能な権利に限定される。ただし、これらの場合には、夫の意思の要件は夫の抗弁に位置づけられるべきである (反証可能な推定)。「取得と持参財産との実体的な関連性」——「反対給付」関係——が認められる以上、夫が持参財産の計算で取得する意思がないことを証明した場合にはじめて代位が排除されると解すべきだからである。さらに、夫が妻により持参された家財道具の代わりに調達した家財道具も持参財産に帰属する (家財道具の代位)。その理由としては、(1) 「管理共同制の目的と本質」によると、夫は妻の持参財産の本体を維持しなければならないこと (i) と、

②「誠実で立派なあらゆる夫の通常の意味」に合致すること(ii)のほか、以下の二点が付加されている。③管理共同制では所得に対する妻の持ち分が認められないところ、代位はその「小さな対価」となりうる、④代位がなければ、家財道具の所有権の所在につきいちいち「いかなる意味で調達がなされたのか」を調査しなければならぬが、それは実際上困難である。②を根拠として、補充義務までは認められないが、実際に補充された場合には、代位を認めるべきとされる。家財道具の代位では資力代位とは異なり、資力の由来は問題とされず、夫が自己の資力で調達した家財道具も、旧家財道具の代わりであるというだけで代位が生じる(対象代位ないし目的代位)とともに、抗弁としてすら夫の意思は求められていない(反証不能な推定)。この規律は、規範的な、すなわち「誠実で立派な」夫の通常の意味②。副委員会では「夫婦の」とされていたが、主委員会においては「夫の」と訂正されている)に対応するとされるが、規範内容の合理性は、③および④、ならびにすぐあとで述べる①の基礎によって支えられているとみることができる。しかし、突き詰めてみると、①はもとより、③および④の論証は、家財道具以外の動産や権利にも当てはまるといえそうである。そうであるとする、家財道具の特則は、資料上直接には表れていないけれども、その客体の特性——価値の相対的僅少性③、分割の際に問題が生じやすいこと④——によって裏づけられていることになろう。この差異から、資力の要否と、「夫の意思」の推定の程度に区別が引かれているわけである。なお、ここでいう夫の意思の中身はかならずしも一義的ではない。自己の名による行為が前提とされていることから明らかかとおり、ここでは、①直接代理意思は問題となっていない。もっぱら、②「他人の計算でおこなう」間接代理意思の要否と位置づけが議論されている。しかし、③調達した家財道具を旧家財道具の代わりとして用いる意思、代償意思まで不要かどうかについては態度決定されていない。

(二) 従前の法・議論との関係

家財道具の代位について、ザクセンシュピペーゲル法、プロイセン一般ラント法、ドイツ民法典の態度を比較すると、次のような特徴を認めることができる。ザクセンシュピペーゲル法のゲラーデ規制の基礎は、①家財道具の嫁資的性格と、②存続保障の利益に求められた。②は、一般原則によれば婚姻継続中に調達された動産がつねに夫に帰してしまうという制度的前提に支えられていたものとみることができ、プロイセン一般ラント法では、家財道具などの動産の交替が「代位」という抽象概念によって把握される。その際には、①嫁資的性格はもはや引き合いに出されなかったが、②存続保障とともに、③夫の通常の意味との合致という根拠が挙げられた。もつとも、②の基礎はザクセンシュピペーゲル法とは異なる。ここでは、(a)総体上の用益権の規律とのバランスが顧慮されることになった。このアプローチは、ローマ法の継受の影響を受け、夫の権利が「用益権」と構成されたこと、さらに、物概念が広く、集合物の存続保障に関する一般的規定がおかれていたことによって支えられていた。もつとも、夫の責任は軽減され、補充義務までは認められていなかった。また、(b)同法上の管理共同制の構造も、存続保障の合理性を担保していたものとみることができ、たしかに、妻が婚姻継続中に家財道具を調達すれば、その所有権は自己に帰属し、夫の単独所有に帰するのを排除できたのだから、その意味ではザクセンシュピペーゲル法のような不合理性はない。けれども、そもそも妻の持参財産は夫の強力な管理用益に服する一方、留保財産の範囲がいちじるしく狭かったため、自己の財産をみずから管理するための原資と能力が制度上限られていた。もともと妻は家事を担当するものとされてきたが、他方、妻の権利として日常家事処理権を有しており、これにより家財道具を調達することはできた。しかし、この場合には妻は夫の代理人であるから、調達目的物は夫の所有に帰した。以上のことが代位の規制を実質的に正当化していたものと分析できる。両法の規制はいずれも死亡による婚姻解消後の分割を念頭においていたが、ドイツ民法典は——プロイセン一般ラント法の解説によると——

「妻の利益のためにさらに先に進」み、妻は「代位原則」によって婚姻継続中に、すでに所有権を取得することをはっきりと定めている。その根拠づけを分析すると次のように整理できよう。家財道具の物上代位について、①嫁資的性格は審議の際に引き合いに出されておらず、③夫の通常の意味に対応したものであること②が前面に出されている。②存続保障①のほか、これまでには指摘されていなかった論拠、④財産形成に対する妻の寄与度の評価③<sup>(123)</sup>、⑤所有権状況の明確化④が付加されている。

まず、問題となるのは、存続保障の基礎②・①である。第二委員会主委員会が最初に指摘していた「管理共同制の目的と本質」は、管理共同制を語る際にいつも引き合いに出される法諺《妻の財産は増加すべきでも減少すべきでもない》<sup>(124)</sup>のうちの後者のことであるが、この命題はそれ自体としては意味をなさないように思われる。代位否定論者もこの命題を前提としていたからである。どこまで存続を保障すべきかがまさに問題である。資力の由来や夫の計算意思を顧慮せずに家財道具の代位物であるというだけでこれを妻に帰属させることが許されるのはなぜか、その積極的な基礎づけが探求されなければならない。まず、(a)「ローマ法の継受のなかで夫の収益権が用益権として構成されたことにも、さらなる根拠が認められよう」という推定は正当でない。もっとも、その論証はすこし複雑である。第一草案理由書は用益権とのバランスを——プロイセン一般ラント法とは反対に——、むしろ家財道具の代位を否定する根拠に援用していた。それによれば、属具つきの土地を目的とする用益権のような補充義務と代位を定める「例外」規定がない以上、物の損耗の問題は一般原則によって処理すべきであるとされる。しかし、この認識が正当であったかどうかは疑わしい。たしかに、ドイツ民法典では、物概念が有体物に制限され、集合物に関する一般規定が排除されている(EI § 778 = BGB § 90)<sup>(126)</sup>ため、属具をとまう土地に関するルール(EI § 1000)を「集合物」上の用益権のそれらにまで一般化することを排除していたかのように見える。このことを裏側から示すものとして、妻の持参財産に土地の属具が含まれる場合に限っては、用益権と



同様、夫の補充義務と代位が第一草案の段階からすでに肯定されていた (E1 §§ 1292, 1000 = BGB § 1378 a. F.) ことが挙げられよう。しかし、用益権の側の理由書を見ると、かならずしもそうではないことがわかる。その際には、属具つきの土地を目的とする用益権の規定を、畜群を典型例とする、「属具として土地とかかわりをもたない動産の総体」を目的とする用益権にも拡張できないかが問題となり、結論としては、畜群上の用益権を含めて実際の意義に乏しく、規定の仕方も難しいところ、明文上はとくにないことになった。けれども、当事者の意思が不明確な場合に、「E1 § 1000 の規定の基礎にある原理」が合意されたものとみること、「さきの規定からより高次の原理を取り出して」これを法類推によって適用することを排斥するものではないと説かれていたからである。<sup>(127)</sup> そうすると、第二委員会が家財道具の代位を新たに設けた背景には、——資料上は一言もみいだされないけれども——このように正しく認識された集合物上の用益権の規律があったといえるようにもみえる。しかし、やはりこの見方は正当でない。前提として、第二委員会では用益と管理の関係に関する態度の転換があったことを指摘することができる。<sup>(128)</sup> 第一草案までは用益の権利が主たるものとみられていたが、反対に、第二草案では管理の権利が前面にだされるとともに、夫に用益権という「物権」が帰属するわけではないことが確認されている。そうすると、そもそも用益権の規定の援用という考え方それ自体が相対的にみて低くなったために、バランス論を唱える者がいなくなつたとみることでもできよう。決定的なのは次の事情である。もしも用益権との類比によって家財道具の代位を導入したのであれば、代位をそれと同じ形式で定めるとともに補充義務も合わせて承認したはずである。しかし、第二委員会は明示的に、——夫が妻の持参財産を管理用益する際に有する——「誠実で立派なあらゆる夫の通常の意味」という管理共同制固有の根拠から、補充義務を否定した。代位についても、のちに詳しく触れるように、文面上異なる文言——家財道具の「組入れ」を要件としない——を用いている。したがって、立法過程の読み方としては、ここでは用益権との対比は問題とならなかったとみるのが相当で

ある。そこで、代位の導入を実質的に支えたとみられる、(b)管理共同制の構造に触れておかなければならない。ドイツ民法典においては、ザクセンシュピールゲル法とは異なり、一般原則によるならば婚姻継続中に調達された動産がすべて夫の所有に帰してしまふことはない。もつとも、妻が自己の所有する家財道具の状況をみずから管理し、適時にこれを補充・所有できたかどうかは疑わしい。すでに詳しくみたとおり、留保財産の拡充、義務負担能力の容認、動産処分権の制限など、プロイセン一般ラント法に比べればより妻の地位を顧慮したものと見えるものの、妻の財産が一般に持参財産となり、夫の管理用益に服したという家父長制的構造には変わりがない。夫は——原則として妻の同意がなければ処分できないが——正常な管理のために必要であれば妻の財産を処分できたし、他面、妻は自己の財産であるにもかかわらずこれを処分するには夫の同意をえなければならなかった。婚姻の一般的効果として妻に属する日常家事処理権が意味をなさないのはプロイセン一般ラント法と同様である。「この「夫の」権力の延長が、カウンターバランスとして、「妻のための」特別な保護条項を必要とするのである」<sup>(129)</sup>。

そのほかの根拠のうち、夫の通常の意味(③・②)についてはその意味をさきに立ち入って分析した。所有権状況の明確化(⑤・④)は、管理共同制の基礎と関わりのない実務上の根拠である。他方、妻の寄与度の評価(④・③)は、所得に対する妻の持ち分が認められていないことを前提とするものであり、制度中立的なものではない。この理由づけに対しては、代位の目的は主として財産の現状維持を図ることにあるから、財産増加への寄与を評価するのに適切でないという批判がある<sup>(130)</sup>。しかし、そもそも第二委員会はこれを積極的な理由とは考えていなかったものと推測できる。というのは、すでに強調したとおり、家財道具の代位は所得共同制・動産共同制における持参財産にも準用されているからである(E II §§ 1420, 1445 = BGB §§ 1525 II a. F., 1550 II a. F.)。もつとも、事後の議論では、この所得に対する妻の参与という視点が代位の合理性を支える根拠として重要な役割を演

じることになる。なお、この準用の事実はわれわれの検証結果の精緻化を求めることになろう。所得共同制・動産共同制では、夫婦が婚姻継続中にえた所得・所得および動産が共有財産となり、持参財産は共同制開始当時に各人に属した財産などから構成され、その収益は合有財産に帰する (BGB §§ 1525 I a.F., 1550 II a.F.) が、管理権は夫に専属する (BGB §§ 1525 II a.F., 1550 II a.F.)。したがって、突き詰めれば、夫が妻の持参財産を管理、するという構造——用、益はこの文脈では重要でない——が代位を積極的に基礎づけていたと分析することができる。

### (三) 批判と応答

これらの根拠づけには、次の批判があった。(1) 存続保障の基礎 (②・①) に対しては、物の損耗については所有者がリスクを負担すべき、という一般原則が持ち出された。例外としても許容できない理由としては、夫婦間の関係は倫理的基礎に基づくため、無条件の代償義務を課するのは適切でないことが挙げられていた。(2) 夫の通常的意思 (③・②) には反対の見方が提示されている。それによれば、「良き家父」は物を、他人のためではなく自分のために調達するものとされる。内在的な批判としては、(3) 代位物の価格が原目的物よりも高い場合、(4) 物の喪失が妻の故意または重過失や婚姻生活開始直後の大火事に基づく場合に、代位を認めるのは適切でないこと、(5) 夫の債権者に不合理なリスクを負担させることになることが指摘される。他方、妻の不利は、(6) 先取分制度によってある程度緩和されており、事実の問題としても、(7) 当時の現行法では一般に受け入れられていないと説かれる。以上のうち、プロイセン一般ラント法の修正草案理由書が指摘するのは(1)(2)(3)、第一草案理由書は(1)(2)(6)(7) (③④も示唆している)、第二委員会主委員会では反対意見として(1)(4)(5)(6)が指摘された。このうち、自覚的に反論されたのは、(4)の前者の事例であり、立法者はそうした限界事例を顧慮する必要はないとされた。ま

た、(7)についてはザクセンの慣習が引き合いに出されていた。(4)は主委員会、(7)は副委員会の多数意見である。他の批判は、肯定説の根拠づけで十分反論できているとみているか、あるいは立場の相違と割り切っているであろう。とりわけ(1)(2)(3)は、代位規定の合理性を考えるうえで重要な視点であり、とくに新規定の際にはげしい議論が生じることになる。

#### (四) 補足的考察

ザクセンシュピールゲル法のゲラーデ規制の基礎にあつた嫁資的性格(①)は、プロイセン一般ラント法の代位の際には問題とならず、ドイツ民法典の立法過程の際にも引き合いに出されていなかった。もともと、家財道具の代位といわゆる嫁資義務(Aussteuerpflicht)との関連性を指摘するものがある<sup>(131)</sup>。ドイツ民法典は、娘に、婚姻締結の際に「世帯を築くために適切な嫁資」を求める請求権を付与していた(EI §§ 1515 = BGB § 1620 a.F.)。この規律は第二委員会において提案されたものである<sup>(132)</sup>。娘が婚姻する際に世帯を築くのに必要なものを持たせるのはドイツの慣行であるが、この慣行を継続して維持するには、立法者がこれを法的義務に高める必要があるために、プロイセン一般ラント法などとは異なり訴求可能な請求権として明定したと説かれている<sup>(133)</sup>。この義務を負うのは一次的には父であるが、父が死亡するかまたは給付能力がない場合には母も義務主体となる<sup>(134)</sup>。「嫁資」の定義はどこにもみられないが、BGB § 1382 a.F.の「家財道具」を含む広い概念であると捉えられている<sup>(135)</sup>。だから、家財道具は嫁資のひとつであるとの観念が通用していたといえるであろう<sup>(136)</sup>。しかし、妻が持参した嫁資であり、娘の嫁資となりうるものだから妻に家財道具の所有権を維持させるべきであるとの考え方は資料上どこにもみられなかった。基礎づけとして援用されていたのは、管理共同制の目的と本質、夫の通常の意味、所得に対する妻の参与、所有権状況の明確化である。むしろ、BGB § 1620 a.F.の明定によって、家財道具が有していた嫁資的

性格を、代位に基づく妻の所有権の維持という方法によるのではなく、夫婦の嫁資義務をとおして担保するという体系構造が、自覚的に示されたとみるべきであろう。

最後に、持参財産の資力代位に関して、ごく簡単に触れておく。プロイセン一般ラント法は資力代位につき制限的な態度をとっていたが、当初は妻になお破産特権が認められていたため、その限りで代位の規定がなくてもそれほど妻に不利益が生じなかった、という事情がその合理性を支えていたといえる。第二委員会では代位の規定が導入された際には、今日では破産特権が廃止されたために、代位がなければ夫の破産の際に妻に不利益が生じうると指摘されていた。その前提には、夫の管理方式の転換があったことはすでに詳しくみたとおりである。問題は、代位を、夫の「持参財産の計算により取得する意思」にかからしめている点である。これによると、夫が自己の計算で取得したことを証明できた場合、妻は原目的物を——可能であり、意味がある場合には——追及するか、あるいは、夫に対して賠償請求権を行使するしかないことになる。すでに述べたとおり、代位はもともと帰属主体に関連する意思があるかどうかを問わないという点に特徴があるところ、例外としてのこの規定をどのように評価するのが問題となる。この種の規定を、管理人が本来なすべき移転行為を失念するの(137)がつねである場合にこれを補完する趣旨であると捉え、それなりの意義をみいだすものもいるが、他人の財産管理に服する財産帰属主体の保護という観点から、立法論としてはそうした管理人の意思にかからしめる代位は排除されるべき(138)という見解も主張されている。

## 五 管理共同制と家財道具の物上代位

### 1 議論状況の概観

さて、家財道具の代位が BGB § 1382 a. F. として規定されると、これに関する解釈論が積み重ねられることになった。<sup>(139)</sup> たとえば、「家財道具 (Haushaltsgegenstände)」の概念は明文上定義されていない。これについては、とくに先取分の規定 (BGB § 1932 a. F. 「婚姻生活に属する世帯道具」) を参照<sup>(140)</sup>し、「婚姻世帯を営むのに役立てられたもろもろの動産」であり、その際には「具体的な世帯との関係」、つまり「当該夫婦の生活状況」が問題となるが、通常これに含まれるのは、狭い意味での家具すなわち住居備品 (Einrichtungsgegenstände) のほか、台所・食卓用具・ベッドなどであり、他方、洋服・肌着といった一方配偶者の専用に供せられる物、食料品の蓄えは除かれるが、事情によっては自動車も含まれるなどと説かれる。<sup>(141)</sup> 原目的物がいかなる原因により「もはや存在しない」または「価値の喪失」にいたったのかは問われない。天変地異などの事変でも、通常の損耗でも、あるいは妻に帰責性があってもよい。<sup>(142)</sup> 最後の事例は立法過程でとくに問題となったが、対処の仕方として、のちにみるように、調達行為の際に夫が代償意思ないし持参財産の計算で取得する意思を有していたことが必要であるとみる立場から、妻の有責という事情が、調達の際に夫がみぎの意思を有していなかったことの証拠となりうるというものがある。<sup>(143)</sup> 夫が「調達」する際に、いずれの資力を用いたのかは問われない。夫が資力を拠出した場合にも妻に費用の償還を求めることはできない。<sup>(144)</sup> 夫の債権者との関係では、配偶者の一方または双方の占有に属する動産は夫に属するものと推定され (BGB § 1362 a. F.)、この限りで債権者の保護が図られるけれども、妻が代位の要件を主張立証すれば妻はこの推定を破ることができる。<sup>(145)</sup> そのほかにも細かな解釈論が展開されていたが、注目されるのは、実務上この規定はほとんど争いになっていなかったことである。目につくのは、調達資力の由来は問題とならないとしたライヒスゲリヒトの判例一件くらいである。<sup>(146)</sup> 基本的には学説が解釈論的明確化に努めていた。個々の問題は新制度の規定と共通するところが多いため、続稿でまとめて考察することにしよう。ここでは基本的な問題と、管理共同制下に特有の、ないしこの時期にとくに問題となった点のみを取り上げる。

## 2 規定の正当化

のちの議論との対比では、この規定がどのように正当化されていたのかがまず問題となる。もっとも、ある意味当然であるが、とくに初期の段階では規定の存在を所与とするものが多く、正当化にあまり多くの労力が払われていなかった。そして、この問題に触れるものも、第二委員会議事録の文言をそのまま援用ないし要約するにとどまる。われわれによればその論旨は、[1]管理共同制の目的と本質に基づく存続保障、[2]夫の通常の意味との対応、[3]所得に対する妻の寄与が評価されないことの対価、[4]「いかなる意味で調達がなされたのか」の調査の回避・所有権状況の明確化にまとめられる。ザインはきわめて忠実に、[1]～[4]すべてに対応するテキストを収め、<sup>(147)</sup>エンゲルマンも[1]～[3]を詳しく述べるとともに、とりわけ[3]の部分に力点を置く。<sup>(148)</sup>そのほかには、[1]を挙げるもの<sup>(149)</sup>、[1]と[3]に注目するもの<sup>(150)</sup>、[3]をとくに重視するもの<sup>(151)</sup>、帝国司法庁覚書と同じように、資力の由来も夫の意思も問題とならない点を強調して、[4]の意義を説くものがある<sup>(152)</sup>。もっとも、ここで重要なのは、規範内容に対する立法論的な批判が、管理共同制下においてはほとんどみられなかったことである。<sup>(153)</sup>

## 3 基本問題

### (一) 体系的地位

大きな問題は、この規定の体系的地位、それにもなう基本的な要件効果の規定である。議論はきわめて錯綜しているが、問いは次のように整理できるであろう。(1)この規定を「財産」の代位に位置づけるのか、「集合物」の代位に位置づけるのか、(2)夫に家財道具の補充義務を課するのか、(3)婚姻世帯への「組入れ」を要件とするのか。(3)は、もしそうだとすれば、妻は家財道具の所有権を譲渡人から直接取得するのではなく、夫を経由して承継取得することになる。家財道具の所有権は「組入れ」前には夫に帰属するからである。(1)については、初期の

段階では、①代位論の角度から、家財道具の代位を「財産」の代位のなかにうまく位置づけようとする試み<sup>(154)</sup>、②総体論の見地から、構成要素の変動がありうるという点を捉えて家財道具を「財産」と呼ぶものがあつた<sup>(155)</sup>。しかしながら、家財道具の代位の規定が財産の代位のなかでかなり特殊なものであることはすでにみたとおりであつた。①の試みは首尾をえなかつた<sup>(156)</sup>。批判者たちはこうした誤解をもたらした立法者の態度、すなわち持参財産の資力代位に類するものとみてならべて規定したことをつよく非難している<sup>(157)</sup>。②に対しては、「もしもこのこと「構成要素が交替しても同一性を変じない」が財産概念の決定的基準であるとすれば、畜群、蔵書なども財産ということになってしまふであろう」という疑問が投げかけられた<sup>(158)</sup>。家財道具の際には権利ではなく、有体物のみが問題となる。そして、ある対象が「家財道具」と規定されると、代位という特殊な作用に服する。「世帯によって経済上の用途が特徴づけられるもろもろの対象として、一定の關係のもとで特別な法的規制に服するべき法的な統一<sup>(159)</sup>」であるから、家財道具は「集合物」であるといふのである。したがって、家財道具は体系上むしろ、集合物の代位に組み入れられる。この位置づけそれ自体は、現在でもひろく共有されている。②③の問いが立てられるのは、このような体系的な位置づけと密接に関連する。これまでにも少し触れてきた、集合物の代位のひとつに位置づけられる属具<sup>(160)</sup>の土地を目的とする用益権の準則によれば、②③が肯定されるからである。事後の議論にも関連するので、ここで簡単に概要を押さえておこう。

BGB § 1048によれば、「土地がその属具とともに用益権の目的」であるときは、(i)「用益権者は正常な経営の範囲内において個々の属具を処分」することができ、(ii)用益権者は、(a)「正常な経営法則によって分離する物」および、(b)「通常の損耗」の代わりに、「その補充を調達することを要する」、(iii)用益権者が調達した物は、「それを属具に組入れるとともに」属具所有者の所有になる。この一項部分については現在まで変更はない。一般的な解説によれば、<sup>(160)</sup>「属具」とは、「土地をその経営目的にそくして利用するために指定せられ、土地と相当な空間



的關係にある動産の総体<sup>(161)</sup>である。農地が典型的であるが、そのみならず、ホテル、工場、事業所などについても、みぎのような動産群とともに用益権に供されれば同条が適用される。用益権者は属具の所有者ではないけれども、正常な経営の範囲内で処分権を有する(法定処分用益権)(i)。属具を処分した場合(a)はもちろん、(天災などを除く)通常の損耗が生じた場合(b)にも、用益権者は補充義務を負う(ii)。補充された属具は、法律上用益権者の意思とは無関係に属具所有者、つまりたいいは土地所有者の所有に属し、これに用益権が拡張されることになる。ここで特徴的なのは、「組入れ」(iii)が求められていることである。「組入れ」の性質は事実行為であり、土地または他の属具との相当な空間的關係を構築することを意味する。この要件があるために、属具所有権は直接属具所有者に移転することなく、いったん用益権者に帰属し、組入れののちに「用益権者から」<sup>(162)</sup>属具所有者に移転する。もちろん、調達の際の資力の由来は問われていない。<sup>(163)</sup>これと比較して BGB § 1382<sup>164</sup>をみると、夫の補充義務が規定されていないこと(ii)、世帯への「組入れ」が規定されておらず、「調達」のみが記されていること(iii)が特徴的である。すでにみたように第二委員会は、用益権規定とのバランスとは無関係に、「誠実で立派なあらゆる夫の通常の意味」からあえて補充義務を規定しなかった(ii)。「組入れ」の点をどのように捉えていたのかは明らかでない(iii)。のちにみるように「代わりに」という文言にこの要件を読み込むという見解もあるが、妻の物的権利の保護の観点から直接取得を想定していたと読むことも可能である。

ウルマンは、この属具つきの土地に関する用益権の規定を参照しつつ、「他の事例においても、たとえば集合物を日常的に維持するために損耗した物の代償の調達が必然的に求められると仮定しなければならぬ」という。そして、妻は夫に対して、家財道具の維持のために必要な限りで代償調達請求権を有し、これが履行されないとときには夫に損害賠償義務が生じるという解釈論を展開する。<sup>(164)</sup>これに対して、バイヤーはこの論理に対してつよい批判を投げかける。<sup>(165)</sup>属具つき土地の用益権の規定はあくまで例外であり、他の集合物に拡張できない。第一草案

理由書もそのように述べている。この規定は土地とともに動産の総体が用益権に服することを前提とし、工場の機械、ホテルの設備、農地の器具などを念頭に置いている。土地と概念上まったくかわりがない家財道具への適用は認められないという。しかし、これはわれわれの検証結果と大きく異なっている。理由書はむしろはつきりと、編纂上の理由から明文では規定しないが、土地とは無関係の動産の総体を目的とする用益権にも拡張可能であると述べていた。バイヤーは、さきに誤解を招きやすい記述であると指摘した、通常、の損耗、の際の責任に、関する理由書の記述——属具つき土地の規定は「例外」であり、一般化できない——に引きずられたのかもしれない。現在では一般に、「土地」に限定するのでは経済上の需要に<sup>(166)</sup> 応えられない、この規定は土地をとまわらない動産の総体の際にも類推適用されうると理解されているが、その際には理由書の記載が援用されているのである。

管理共同制によれば、夫は妻の持参財産に——物権としての用益権ではないもの——用益の権利を有するた<sup>(166)</sup> め、用益権の基本的な規定が参考にされている (BGB §§ 1383 a. F., vgl. 1378 a. F.)。そして、夫は妻の持参財産の対象を——原則は処分できないけれども——正常な管理の範囲内であれば処分できた。家財道具は集合物に組み入れられる。そうすると、BGB § 1048 の前提である集合物上の用益の権利とともに、「正常な経営の範囲内において個々の属具を処分」(i) できたところに共通点が認められる。だから、補充義務 (ii) は処分権付与 (i) とのバランスをとったものであるという見方に与した<sup>(167)</sup> としても、夫の補充義務を肯定する余地がある。もっとも、補充義務は、法的処分 (a) だけでなく「通常の損耗」(b) 事例にも拡張されているから、かならずしも処分権付与と不可分のものではない。<sup>(168)</sup> それはともかく、用益・集合物・処分権・補充義務の点でパラレルに捉えるならば、さらに進んで、家財道具の際にも世帯への「組入れ」(iii) が必要であり、家財道具の所有権はまず夫に帰属し、組入れとともに妻に移転すると捉えるべきではないか。しかし、ウルマンはこの問題については BGB § 1048 と対比することなく、単純に、「夫による損耗した家財道具の代償物の調達」は、夫が妻の代理人として

行為したかのように「妻のために直接所有権取得」をもたらすとしている。<sup>(169)</sup>

しかし、これらの問題、補充義務<sup>(2)</sup>、「組入れ」の要否<sup>(3)</sup>については、——いずれも極少数説であるが——異なる角度から肯定するものがある。一つは、集合物論からのアプローチである。ヴァラーは、「用益権」ではなく、むしろ「集合物」から出発する<sup>(170)</sup>。営業上または家政上の属具・道具は、正常な経済活動の際には使用により損耗するため、新しく調達して補充することが必要である。このような属具・道具が所有者のもとを離れて他人、非所有者の管理と用益に服する場合には、それらが総体としてつねに所有者に残存し、占有者・用益権者がその維持コストを負担する、というのが経済上合目的である。したがって、占有者により属具・道具のために調達された物の所有権は組入れとともに原目的物の所有者に属する、というルールが定立される。その法的な意味は、集合物への組入れと結びつけられた法定の所有権移転の命令にあるとする。こうした視座から現行法の規定を眺め、①土地の属具と、②家財道具の規定を評価する。①では、用益権のみならず、用益賃貸借(BGB § 538 a.F.)、後位相続財産(BGB § 2111 II)の際の土地の属具の規律を取り上げ、みぎのルールがそのまま反映されているものとみるが、②に対しては批判的に対峙する<sup>(171)</sup>。とくに条文が「調達」のみに言及し、「組入れ」に触れていない点を問題視し、「代わりに」という文言にこの要件を読み込むべきと主張する。むしろ「組入れ」こそが本質的要件であり、調達行為はかならずしも必要でない。ホテル経営者が自己の妻の家財道具を補充するため、ホテルにとってある調度を取り出した場合、この調度は家財道具への組入れとともに妻の所有になる。妻が不注意にもホテル経営者と婚姻したために「夫はホテルにあるもので間に合わせ、自分の資力で新たに調達することはしないため」BGB § 1382 a.F.の恩恵を受けられないと判示する裁判官はいないであろうというのである。ヴァラーは「組入れ」<sup>(3)</sup>の重要性を強調するため、補充義務<sup>(2)</sup>にはあまり触れていないが、土地の属具と同様、家財道具の際にもこれを認めるようである<sup>(173)</sup>。これに対して、エンデマンは次のように述べる<sup>(174)</sup>。代位による法

定所有権移転は「物の経済上の用途、すなわち住居備品の全状況が使用できる状態で維持されるべきこと」に基づく。しかし、ドイツ民法典はこの観念を「より狭く」規定し、家財道具の補充「義務」を排除した。これは、総体概念を基礎として代位を認める一方、補充義務は排除する立場であると読むことができる。他方、クローメはエンデマンと類似の立場にたちながらも、家財道具は一つひとつではなく「それ自体が合目的に補充されなければならぬ」「いわばそれ自体によつて補充されなければならない」という<sup>(175)</sup>。もつとも、いずれも論旨は簡潔であり、理由ははつきりとしない。もう一つは、婚姻法、婚姻の一般的効果からのアプローチである。オペット／フォン・ブルームは、夫の家財道具の補充義務(2)を、夫の妻への扶養義務(BGB § 1360 III a.F.)によつて基礎づける<sup>(176)</sup>。同条によれば、夫は自己の地位、財産、所得能力に応じて妻を婚姻生活共同体に適した方法で扶養しなければならぬ。しかし、バイヤーはこの規定を根拠に夫の補充義務を認めることはできないとする<sup>(177)</sup>。この義務には相当な調度がついた住居を提供することも含まれるが、調度につき所有権を取得することまでは必要なく、たとえば賃貸借で十分であるとする。これに対しては、夫婦が日常生活で用いる対象については夫婦がこれを所有するのが通常だから、たんに賃借するだけでは、婚姻共同生活に適した方法とはいえないという反論がある<sup>(178)</sup>。

残りの見解は、とくに意識することなく、法定財産制固有の解釈を展開する。第一に、補充義務(2)については、第二委員会の立場と同様、これをはつきりと否定するのが圧倒的通説である<sup>(179)</sup>。家財道具の代位の基礎には、誠実な夫が自己の資力により妻の家財道具の状態を良好に保つという考慮があるけれども、これは訴求可能な補充義務を夫に課するものではない、そうした義務は儀礼上のものとみるべきである<sup>(180)</sup>と説かれている。第二に、「組入れ」の要否(3)については、一般にはそもそも問題意識が生じていない。まったく触れられないのが通常である。このことはむしろ「調達行為」が本質的要件であるとみられていたことを示している<sup>(181)</sup>。だからこそ、

支配的見解は、代位物の所有権が妻に直接帰属すると説くのであろう。それによれば、妻は夫の権利の承継人ではなく、法上直接的に権利を取得する。妻の取得は「法律による権利取得」、より正確には「直接取得」であり、「夫から承継するのではない」<sup>(182)</sup>、すなわち代位の効果は「法律によつて直接的に中間的な移転と時間的な間隔を挟まずに」<sup>(183)</sup>生じる、「夫により取得された所有権はその「所有権取得効の」発生の瞬間に妻に移転する」<sup>(184)</sup>とされる。これに対して、バイヤーはヴァラーに与し、「組入れ」が決定的な要件であり、調達行為はかならずしも必要なく、在庫から婚姻生活に持ち出された場合でもよいとする。ヴァラーは夫がホテル経営者である場合の不都合を述べていたが、バイヤーはこれに夫が家具製造業者である場合を付け加えている<sup>(185)</sup>。バイヤーはこの理解を効果論にも首尾一貫させ、次のようにいう<sup>(186)</sup>。代償物の所有権は要件充足の際に、「家族で使用する瞬間に夫から妻に」移転する。もつとも、「組入れ」の必要という結論は一致していても、その根拠づけはまったく異なるとみるのが相当である。ヴァラーは集合物論を基礎としていたが、バイヤーは妻の家財道具の代位・管理共同制内在的な根拠を挙げている。すなわち、婚姻解消の際に家財道具を正常な状態で妻に返還するのは夫にとって名誉なことである、妻は法定財産制では所得に対する持ち分を有しないのだからその小さな対価が与えられるべきである、という第二委員会が述べていたテーゼを、代位の解釈の際にはつねに念頭におかなければならないというのがこれの理由づけである<sup>(187)</sup>。

## (二) 意思の要否

この時期には、夫の意思の要否がはげしく争われた。起点となったのは、ティールレの解釈である。それによれば、持参財産の資力代位 (BGB § 1381 a.F.) と同様に、家財道具の代位 (BGB § 1382 a.F.) でも、夫の「持参財産の計算で取得する意思」が求められ、夫は自己の計算で取得する意思を証明すれば代位の効果を排除できる。そ

の根拠は立法史である。<sup>(188)</sup>——われわれもすでにみてきたように——①副委員会の反対草案のBではもともと二つの条文がひとつの条文の前文と後文のかたちで続けられ、「また同じ」とされていた、②主委員会は調達がいかなる意味でなされたのかを一つひとつ探求する作業を回避しようとしたが、このことは逆に、夫が反対のことを証明できれば適用の排除を認めるつもりであったことを示している。これに対して、バイヤーは次のように批判する。<sup>(189)</sup>①副委員会の草案が「また同じ」としていたのは、後文でふたたび「持参財産とする」と繰り返すのを回避する意味しかなかったと読むことができる、②主委員会は所有権状況を明確化するために、あらゆる誠実な夫の通常の意味内容を反証できない推定 (*praesumptiones iuris et de iure*) として定立し、滅失しまたは価値のなくなった家財道具の補充として調達された物は持参財産になるという文面で定式化した。したがって、夫の抗弁を許す趣旨ではなかったと結論づける。すでに考察したとおり、立法者意思の解釈としては、バイヤーの読み方が正当である。決定的なのは、帝国司法庁覚書で夫がいずれの計算で調達したのかは問題とならない旨がはっきりと明記されていたことである。主委員会もまた、明確性の問題のほかに、とりわけ妻の地位の保護の観点から、資力代位ではなお抗弁として顧慮された夫の計算意思について、そもそもそうした抗弁すら認めないものとしていた。その際にはもっぱら規範的な意思が問題となっていたのである。

さて、かりにそうであるとしても、あらゆる意思が不問にふされたと読むことはできない。「調達行為」の際に、夫が当該物を古い家財道具の代わりとして用いる意思を有していたこと、つまり代償意思が必要かどうかは別途問題となる。資力代位のようにそれ自体として当然に対価として取得する意思が存する場合は異なるからである。しかし、この問題はしばしば混同して議論されていた。たとえば、プランク／ウンツナーは「主観的」要件も必要であるとして、「夫が新たな物を、もはや存在しないまたは価値のなくなった物の代わりに調達する意思」「代償意思」を挙げているが、その説明として、「BGB § 1381 a. F. が代位の発生を妨げる事情」として規定

する」、夫が所有権を、持参財産の計算ではなく自己のために取得する意思を有していたということは、BGBs 1382 a. F. でも意味を持つのである」[計算意思]と続けている<sup>(190)</sup>。他方、エンゲルマンはプラUNKに反対し、意思は不要であるとしているが、その中身としては計算意思のみを想定している<sup>(191)</sup>。ゼルゲルは単純に、「夫の意思はここでは問題とならない」というが、内容につきなにも述べていない<sup>(192)</sup>。そこで、本稿の関心からあらためて議論状況を分析し直すと、二つの立場が有力であったとみることができ<sup>(193)</sup>。一つは、持参財産の計算で取得する意思は不要であるが、代償意思は必要とするもの<sup>(194)</sup>、もう一つは、夫の意思は一切問題とならない、つまり計算意思も代償意思もいずれも不要とするものである<sup>(195)</sup>。第二説は、諸事情から代位物が問題となることが明らかになれば十分であるとする。その理由は、趣旨のひとつに所有権状況の明確化が挙げられていたのだから、計算意思とともに代償意思も不要とするつもりであったとみるべきというものである。第一説のとく代償意思の意義については、夫が調達した物を婚姻生活に組み入れる意思がなかった場合、たとえば転売目的の調達の際にはこの意思が欠けると説かれている<sup>(196)</sup>。

### (三) 価値の増加

すでにプロイセン一般ラント法の修正理由書でも指摘されていたが、原目的物に比べて調達によって取得された物の価値が高い場合に代位を生じさせてよいのかが問題となりうる。この問いに対処するには、「調達行為」の際に、主観的要件(すでにみた計算意思か代償意思)を導入する方法のほかに、客観的(客体)要件として価値的限界を設ける方法がありうる。しかし、この時期の学説には、後者の方策を検討するものがみられなかった。客観的には、「使用目的が本質的に同一であること」<sup>(197)</sup>「世帯を拡張するための新たな調達はここに属さない」といったテーゼによって限界が画されていた。たとえば、引越しの際に従来はなかった妻の化粧室を作った場合、従

来は来客を一切拒絶していたのに客室用の調度を揃えた場合、一二セットあった銀食器を二四セットに増やした場合は「代わり」とはいえない。ただし、コーヒーセットのうちのポットが壊れたために新しいコーヒーセットを調達する場合には、たしかに従来のものよりも増量がみられるが、代償とみなすことに支障はないとされる。<sup>(202)</sup> また、椅子四脚つきソファアの代わりに椅子六脚つきソファアを購入する場合も同様である。<sup>(203)</sup> たんなるソファアの代わりにソファアベッドが調達された場合のように、同種性も要求されない。<sup>(204)</sup> 一般論として、価値の高低は問題とならないと述べられていた。<sup>(205)</sup>

よく知られたコーザックの例<sup>(206)</sup>を引いておこう。妻が八〇マルクの廉価な炆器製の食器を嫁資として持参し、夫婦でこれを用いてきたが、しだいに飽き足らなくなってきたため、妻は夫の同意をえてこの食器をコックに贈与した。夫はその代わりに自己の資力で、一〇〇〇マルクの高価なセーヴル磁器製の食器を調達した。この場合にも、新旧食器の価値に差異があるにもかかわらず、新たな食器は妻に帰属するという。コーザックは当初、<sup>(207)</sup>贈与以前に新たな食器が調達された場合には代位は生じないであろうとしていたため、この点に対しては代償調達行為があればそれによいと批判されていた。<sup>(208)</sup> しかし、ここで重要なのは、このように価値が顕著に異なる場合にも、代位を肯定することそれ自体は問題視されていなかったことである。ティールはより一般的に、妻が貧しい家財道具しか持参できなかったけれども、稼ぎが良くなった夫がのちにその代わりに洗練された調度を購入した場合、その調度は価値の相違があるにもかかわらず持参財産に属するといふ。<sup>(209)</sup> この文脈では、バイヤーが、のちには疑わしいとされる、ピアノの代わりにグランドピアノを家族で使うことにした場合について、「BGB § 1382 a.F. の適用を否定しようとするものなどだれもないであろう」と述べていたことも援用できよう。<sup>(210)</sup> プランク／ウンツナーによれば、「解釈の際には、この規定を取り入れた第二委員会が、管理用益制においては妻は所得から排除されているところ、その小さな代償を妻に与えようという考慮にも導かれていたことを看過してはならない」<sup>(211)</sup>。



すでにみたようにバイヤーも、調達行為を不要と解する文脈で同じことを述べていた。つまり、所得への妻の寄与が評価されていなかったことが、妻の保護に傾いた緩やかな解釈を許容していたとみることができよう。<sup>(212)</sup>

#### 4 家具令の制定——離婚の際の家具の分配規定

ドイツでは一九四四年に、婚姻法第六施行令として「離婚後の婚姻住居および家具の取扱いに関する命令」、いわゆる家具令 (HausratsVO) が制定された。<sup>(214)</sup> 戦争により住宅難・物資の欠乏が顕著になったため、夫婦が離婚した際にそれまで共同で利用していた婚姻住居、家具の利用・分配をめぐってしばしば争いが生じていた。この問題につき現行法ではきちんと対処できなかったため、新たに実体関係を規制し、それにとまなう手続・費用などを定めたわけである。総則によると、離婚当事者が合意できない場合に、裁判官が、当事者の申立てに基づき、住居および家具に関する法律関係を形成する (HausratsVO § 1 I a. F.)。裁判官がよるべき原則は、「公平な裁量 (billiges Ermessen)」にしたがうことであり、その際には「個別事件のすべての事情、とくに子の福祉と共同生活の要請」が顧慮されなければならない (HausratsVO § 2 a. F.)。離婚当事者間の「請求権」を訴訟によって貫徹するのではなく、あくまで裁判官が公平な裁量により法律関係を形成するとされているところに構造上の特徴がある。家具令の「家具 (Hausrat)」は、「家財道具 (Haushaltsgegenstände)」と同じ概念であると一般に理解されている。<sup>(215)</sup> 本稿の問題と関連するのは離婚後の家具分配に関する次の規定である。

第一に、夫婦の共有に属する家具 (HausratsVO § 8 a. F.) については、裁判官がこれを「公正かつ合目的に」分配する (一項)。一方配偶者の単独所有とする場合に「公平にかなう」と判断するときは、この配偶者が他方配偶者に「調整金」を支払うよう命じるべきである (三項)。問題は、「婚姻継続中に共同の世帯のために調達された家具」は、みぎの分割の際に夫婦の「共有」に属するものと推定する、ただし、「一方配偶者の単独所有が

確定している場合はこの限りでない」としている（二項）点である。帝国司法省の公式解説<sup>(216)</sup>によると、その「内的な正当化根拠」は次の点にある。<sup>(217)</sup>婚姻継続中に共同の世帯のために家具を調達する配偶者は、夫婦関係が損なわれていない限り、一般論として、これを「夫婦のために」調達しようとする。通常「自己や他方配偶者の単独所有」とする意思は有しないであろう。もつとも、夫婦間の関係は様々だから、こうした一般の考慮があてはまらない場合もある。われわれの問題との関係では、家財道具の代位によると夫が購入した物は妻の単独所有に帰するとあるにもかかわらず、もしこの推定が及ぶとすれば、——婚姻継続中とはもかく——離婚にいたったときにはこのルールが無意味になってしまうのではないかが問題となる。公式解説はこの疑問に応え、だから「ただし書」を設けたという。配偶者が調達の際に家具を自己または他方配偶者の単独所有とする旨をはっきりとさせている場合とともに、家財道具の代位「BGB § 1382 a.F.」もこのただし書に当たるとし、この場合には物の所有権は妻に属すると明言している。<sup>(218)</sup>もつとも、これにより形式的な衝突は避けられたとしても、より立ち入ってみると、みぎにみた共有推定の基礎にある考え方は代位のそれとは異なるようにもみえる。家財道具の代位の際には、夫が家財道具を調達する際には通常妻のために取得する意思を有するとされていたからである。この点のちにつよく批判されることになる。しかし、両者は「矛盾」<sup>(219)</sup>の関係にはたたない。離婚の際の適用か、婚姻継続中の適用かという適用時期の相異を除き、基本思考に着目しても、家具令は、配偶者が共同世帯のための家具を調達する場面一般——新調達・拡張調達を含む——を把握する一方、単独所有を主張する者の抗弁を許しているのに対して、家財道具の代位では、夫が原目的物の代わりに家財道具を調達する場面のみが問題とされるが、その際には夫の抗弁は許容されていない。つまり、後者は前者と異なり、適用対象を限定し、かつ通常の意味をもつばら規範的なものと構成しているわけである。このように分析するならば、公式解説を首尾一貫したものと読むことができるであろう。

第二に、一方配偶者の単独所有に属する家具 (Hausrats VO 89 a. F.) については、例外的な場合に、裁判所による介入がなされる。すなわち、裁判官はそのような家具のうち、「必要不可欠な」ものを、「他方配偶者がその継続利用に頼らざるをえず、かつ所有者に他方配偶者への移譲を求めることが正当とされうる場合」に限って、これを他方配偶者にあてがうことができる(一項)。その方法としては、賃貸借——争いのもとになるとして敬遠される——のほか、相当な対価とともに所有権を移転することも認められる(二項)。公式解説によれば、単独所有権に対する介入は、この条文により「狭く」記述された「特定の限界内」において認められ、「必要不可欠な」家具にはベッド、机、椅子などが属する。<sup>(220)</sup>そこでははっきりと記されていないが、この条文が適用される一方配偶者の単独所有に属する家具には、代位の規範によるものも含まれると解されている。<sup>(221)</sup>したがって、きわめて例外的な場合であるにせよ、離婚の際に代位の結論がこの規定によって修正ないし調整される余地があったといえよう。

未公開資料に基づく研究<sup>(222)</sup>によれば、もともと帝国司法省が作成した草案段階では、共有推定規定はなく、また、単独所有に属する家具の所有権を他方配偶者に移転できる範囲が対象によってより狭く制限されていた。<sup>(223)</sup>しかし、これに対しては次のような意見が提出されたという。<sup>(224)</sup>ベルリン高等裁判所によれば、家具は通常であれば一方または他方配偶者の個人的利用のためではなく、世帯を築く目的で調達されたものだから、いわば合目的に結合されているといえる、したがって裁判官はすべての家財道具を、所有権関係を顧慮することなく分配できるとみられるべきであろう。他の高等裁判所も、裁判官が公平の観点から家具上の所有権関係を決定できるとする規定か、あるいは少なくとも、証拠調べをひろくおこなわなくてもすむように推定規定を設けることを求めるとしていた。このようにしてさきに見た規制がおかれることになったわけである。

家具令は戦後に、基本法により保障された婚姻・家族関係および子の福祉保護という現代的な規制目的を与え

られ、<sup>(225)</sup>その後も通用してきたが、二〇〇九年の改正により実体部分が民法典に統合されるとともに、——目的はともかく——基本的なコンセプトが修正されることになった。

## 六 おわりに

本稿では、管理共同制における家財道具の物上代位の生成と展開を追跡してきた。これまでの考察を振り返ると、代位の正当化根拠としては、①家財道具の嫁資的性格、②存続保障の利益、③夫の通常の意味、④妻の所得への参与、⑤所有権状況の明確化が指摘され、②は、(a)総体上の用益権とのバランス、(b)管理共同制の構造によって基礎づけられていたといえる。しかし、時代に応じて援用された根拠は一様ではない。ザクセンシュペーゲル法の規制は、①と②により支えられていたとみることができ、②の基礎は(b)に限られ、その意味も婚姻継続中に取得された動産が一般原則によれば夫に帰するのを防止する点にあった。プロイセン一般ラント法では、「代位」という抽象概念が登場し、基礎づけとしては、①が脱落し、②と③が援用されるとともに、②の論拠としては、(b)とともに、夫の権利が「用益権」と構成されたことと、集合物の一般規定の存在から、(a)も引かれることになった。(b)の意味は、ザクセンシュペーゲル法とは異なり、妻の持参財産が夫の管理用益に服し、自己の家財道具の状況をみずから管理できないことに求められた。これらの規制が死亡による婚姻解消の際の分割を念頭においていたのに対して、ドイツ民法典の「代位」はすでに婚姻継続中に作用する。立法過程では、プロイセン一般ラント法と同様、①は問題とならず、②および③が挙げられた。もつとも、②の基礎は異なる。(a)はもはや問題とされず、(b)のみが援用された。同法とは異なり、妻の地位は強化されたものの、その意味はやはり夫の管理権の拡張に対するカウンターバランスにあったとみることができる。そのほか、④と⑤が付加されたことが

重要である。②は(a)(b)ともに管理共同制固有の構造を基礎とし、③は夫が妻の持参財産を管理用益する際のことを問題とする点、④は所得への妻の寄与が評価されない欠点を補う点で、同じように法定財産制を前提とするものと捉えることができる。これに対して、①は家財道具という客体の属性を根拠とし、⑤は財産制終了後の分割問題の単純化を志向する意味で、いずれも管理共同制固有のものとはいえない。もともと、代位の規定に批判がなかったわけではない。②および③につきつよい異論がみられたこと、また、代位から生じる弊害、新規定の議論との関係ではとくに、価格の増加が生じうる点が指摘されていたことが重要である。

ドイツ民法典制定後の議論のうちで目を引くのは、立法の際には批判があったにもかかわらず、代位規定の合理性を疑うものがほとんどみられなかったことである。価格の増加が顕著な場合ですら、代位の適用は問題視されていなかった。こうした緩やかな解釈が許容されたのは、所得に対して妻の持ち分が認められていなかったという事情④による。錯綜した議論が生じたのは、体系的な位置づけと、夫の意思の要否である。前者につき、財産ではなく集合物の代位として位置づける点に関してはおおむね意見が一致していたけれども、夫の補充義務と、「組入れ」の要否(経路的取得か直接的取得か)については、総体上の利益権とのバランス論②(a)が復活して、属具つきの土地を目的とする利益権の規定、または、集合物論一般の角度から双方ないし一方を肯定する見解が主張されたほか、婚姻の一般的効果である扶養義務から補充義務を導く見解が示された。これに対して、通説は法定財産制固有の観点から、夫の通常の意味③を考慮して、補充義務を否定するとともに、「組入れ」もとくに必要とせず、妻の直接的取得を認めていたが、同じ視座にたちつつも、妻の保護④の観点から、調達行為は不可欠なものではないとする文脈で、「組入れ」を決定的な要件とみるものがあつた。後者、すなわち意思の問題については、計算意思は不要とされたものの、代償意思をも不要とみるかどうかにつき、所有権状況の明確化⑤の射程との関係で立場が分かれた。家具令——離婚後の家具分配の規制——が、婚姻継続中に共

同の世帯のために調達された家具につき共有推定規定を設けたことが、代位の規定の優先が前提とされているものの、夫の仮定的意思による論証(③)との関係で、新規規定の際に議論を引き起こすことになる。

以上のようにみると、家財道具の物上代位規定は管理共同制に固有のもの、あるいはその構造と密接に関連するものといえそうである。しかし、男女同権法により剰余共同制が導入された際にも、この規定は——妻も調達配偶者となりえ、夫も代位権者となりうるという修正をともなつて——維持された。まず第一に問題となるのはその論拠である。その後、この立法者の態度に対してつよい批判がなされ、それが二〇〇九年改正法による削除に結実することになる。これに対して、代位規定を擁護する立場が援用した根拠はなにか。家財道具の代位規定は、剰余共同制、家財道具の規制および物上代位論一般のなかでどのように位置づけられ、また、この規定につきいかなる具体的な問題が生じていたのか。削除後には、削除したこと自体に対する批判のほか、削除後に生じる問題、すなわち婚姻継続中に取得された家財道具の所有権がだれに帰属するのかについて議論がなされている。これらの問題を分析・検討し、えられた視点をもとにわが国の議論を捉え直すこと、これが次稿の課題である。

(1) Manfred WOLF, Prinzipien und Anwendungsbereich der dinglichen Surrogation, in: Jus 1975, S. 643, 644, Jus 1976, S. 32.

(2) 宮本ともみ「離婚後の家具分配(一)(二・完)——ドイツ家具令(HausratsVO)の考察を中心として——」新報一〇三卷九号一三七頁、一〇号一六〇—一六一頁(一九九七年)参照。

(3) 制度全体の紹介の際に断片的に触れられることはあったものの、家財道具の物上代位を主題とする研究はなかった。剰余共同制の展開を詳しく追跡する近時の研究、松久和彦「ドイツにおける夫婦財産制の検討(一)——(三・完)——剰余共同制の限界と改正の動向——」立命三〇九号二五九—三三二頁、三二二号一三二—一七七頁、三二七号三三七—四一六頁(二〇〇七—二〇〇八年)においても、ドイツ連邦弁護士連合会の改正提言のみが取り上げられている。

- (三・完)三九二頁)が、これは本文でも述べるようにかの地の関心が薄いことを反映したものといえよう。具体例を交えて分かりやすい解説を与えるものとして、D・シュヴァープ(鈴木祿弥訳)『ドイツ家族法』一一六頁(創文社、一九八六年)がある。
- (4) Gesetz zur Änderung des Zugewinnausgleichs- und Vormundschaftsrechts vom 06.07.2009, BGBl I, S. 1696.
- (5) BT-Drucks. 16/10798, S. 5 und S. 14.
- (6) 経過規定および削除後の規律をめぐる問題については、続稿で詳しく考察する。
- (7) 松久和彦「ドイツにおける夫婦財産制改正の背景と概要」立命三二七・三二八号八三二―八五八頁(二〇〇九年)。
- (8) Bürgerliches Gesetzbuch: Mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: Kohlhammer-Kommentar, begründet von Hans Theodor Soergel, 12. Aufl., Bd. 7, Stuttgart ua 1989, § 1370 [Hermann LANGE]: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., Bd. 7, München 2009, § 1370 [Elisabeth KOCH]: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Neubearbeitung 2007, Buch 4, Berlin 2007, § 1370 [Burkhard THIELE]に記された参考文献のうち、代位以外の角度からの学術的研究は、Irene VLASSOPOULOS, Der eheliche Hausrat im Familien- und Erbrecht, Schriften zum bürgerlichen Recht, Bd. 80, Berlin 1983に限られる。
- (9) 一方配偶者の債権者による差押えについて、犬伏由子「法定財産制」石川稔ほか編『家族法改正への課題』一四四頁(日本加除出版、一九九三年)、能見善久∥加藤新太郎編『判例民法九親族』一一四頁「高橋朋子」(第一法規、二〇〇九年)、財産分与について、宮本・前掲注(2)家具分配(一)一三七頁参照。
- (10) 松久・前掲注(3)限界(一)二六一頁、同・前掲注(7)背景と概要八三三頁。
- (11) 大村敦志「婚姻法・離婚法」中田裕康編『家族法改正―婚姻・親子関係を中心に』三五頁(有斐閣、二〇一〇年)「初出、二〇〇九年」。大村案を含む諸提案の紹介と検討をおこなうものとして、梶村太一「家族法の改正をめぐる諸問題」戸時六七五号特別増刊号(二〇一一年)。
- (12) WOLF, Surrogation (Fn. 1), Jus 1975, S. 643, 644, Jus 1976, S. 104; ferner Joachim GERNHUBER, Art. Surrogationen, in: Bürgerliches Recht: Ein systematisches Repetitorium für Fortgeschrittene, 3. Aufl., Jus-Schriftenreihe, H. 87,

- München 1991, S. 468; vgl. auch Dagmer COESTER-WALTJEN, Die dingliche Surrogation, in: Jura 1996, S. 25 Fn. 6 und 11.
- (13) THEILE, Studien zum ehelichen Güterrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs: Die Surrogation nach den § 1381, 1382 BGB, in: AcP, Bd. 91 (1901), S. 1-72 及び 73-80. Edger WINDMÜLLER, Die Bedeutung und Anwendungsfälle des Satzes: pretium succedit in locum rei, res in locum pretii nach gemeinem Recht und Bürgerlichem Gesetzbuch, Leipzig 1902; Alfred WALLER, „Surrogation.“: Eine Studie aus dem modernen Privatrecht unter besonderer Berücksichtigung der juristischen Bedeutung des Problems der Einheit und Identität, Bonn 1904; Reinhard BEYER, Die Surrogation bei Vermögen im Bürgerlichen Gesetzbuche, Marburg 1905 usw.
- (14) 矢野龍渓 阿野 威利, In universalibus pretium succedit in locum rei, res in locum pretii: Eine Untersuchung zur Entwicklungsgeschichte der dinglichen Surrogation bei Sondervermögen, Schriften zur Rechtsgeschichte, H. 40, Berlin 1987; Hubert MENKEN, Die dingliche Surrogation bei den Sondervermögen des Familien- und Erbrechts, Münster 1991 なおもな考察対象から除外している。
- (15) Klaus FROMM, Die Surrogation von Haushaltsgegenständen und ihre Berechtigung im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft: Eine Untersuchung zu § 1370 BGB, Kiel 1969; Achim ROLL, Zeitpunkt der Surrogation bei § 1370 BGB, in: SchlHA 1971, S. 78-80. 解説であるが、鋭利な考察を含む。Martin LÖHNIG, Probleme der dinglichen Surrogation am Beispiel der §§ 1370, 2019 BGB, in: JA 2003, S. 990-995; Thomas GERGEN, Die „dingliche Surrogation“ im Familienrecht, in: Ad legendum 2009, S. 195-198. 及び Dieter STRAUCH, Mehrheitlicher Rechtssatz: Ein Beitrag zur „dinglichen Surrogation“ im Privatrecht, Schriften zum deutschen und europäischen Zivil-, Handels- und Prozessrecht, Bd. 73, Bielefeld 1972 にも随所で触れられている。
- (16) 新田宗吉「物上代位に関する一考察(一)(二)―抵当権の物上代位を中心として―」明学二五号一―六七頁、二六号一四五一―一八七頁(一九八〇年)参照。なお、水津太郎「ドイツ法における物上代位の理論的基礎(一)―(四)完―」法研八〇巻三号二一―六八頁、四号四五―九四頁、五号二五―五九頁、六号三三―七三頁(二〇〇七年)もよく簡潔に取り上げるところがある。



- (17) 「ドイツ剰余共同制における家財道具の物上代位規定—修正・削除の経緯と評価—」として本誌に投稿予定である。
- (18) 本章では文献引用も基本的に、代表的な物上代位の論文を指示するにとどめる。
- (19) ドイツにおける夫婦財産制の展開については、山口純夫「西ドイツにおける夫婦財産制の展開(一)〜(四)―付加利得共通制の成立―」甲法一四卷三・四号一―五一頁、一五卷三・四号一八―二二七頁、一六卷一―四合併号一―四二頁、一八卷一・二号四五―六六頁(一九七四―一九七八年)を参照。
- (20) Vgl. FROMM, Surrogation (Fn. 15), S. 9, 97.
- (21) THEILE, Surrogation (Fn. 13), S. 56; BEYER, Surrogation (Fn. 13), S. 281; Planck/UNZNER, BGB<sup>4</sup> (Fn. 139), § 1382, Anm. 3 a); Staudinger/ENGELMANN, BGB<sup>9</sup> (Fn. 139), § 1382, Anm. 2 c); RGRK/SAYN, BGB<sup>8</sup> (Fn. 139), § 1382, Anm. 4.
- (22) WOLF, Surrogation (Fn. 1), Jus 1975, S. 644, 645; GERNHUBER, Surrogation (Fn. 12), S. 468; COESTER-WALTIEN, Surrogation (Fn. 12), S. 24; vgl. auch STRAUCH, Mehrheitlicher Rechtsersatz (Fn. 15), S. 144; FROMM, Surrogation (Fn. 15), S. 80; GERGEN, Surrogation (Fn. 15), S. 195.
- (23) Vgl. WOLF, Surrogation (Fn. 1), Jus 1975, S. 644, 645; GERNHUBER, Surrogation (Fn. 12), S. 468; COESTER-WALTIEN, Surrogation (Fn. 12), S. 25; ferner WALLER, Surrogation (Fn. 13), S. 93, 98; BEYER, Surrogation (Fn. 13), S. 283-284 und S. 6 mit Fn. 4; LÖNING, Surrogation (Fn. 15), S. 990, vgl. auch S. 994; GERGEN, Surrogation (Fn. 15), S. 195.
- (24) この問題には現在でもおぼろげとした整理が与えられている。FROMM, Surrogation (Fn. 15), S. 17 Fn. 12 は家財道具の物上代位の際に意思が不要であると解し、この問題は、BEYER, Surrogation (Fn. 13), S. 285-286 がよって「処理解済み」であるとす。しかし、BEYER が同所で論証できているのは——当人の理解はともかく——計算意思は不要という点だけである。BEYER 以降にも③を必要とするものがあつた(後述五三(一)参照)し、本文で述べるように新規定においては必要説がむしろ通説である。以下の分析はとくに WINDMÜLLER, pretium succedit (Fn. 13), S. 60 mit Fn. 127 が②は不要であるが、③は必要であるとともに、学説における②と③の混同を指摘している点、ROLL, Surrogation (Fn. 15), S. 79 が①は不要であるが、③は必要であるという主張を詳しく展開している点に示唆を受けたものである。

- (25) ROLL, Surrogation (Fn. 15), S. 79.
- (26) Vgl. WINDMÜLLER, pretium succedit (Fn. 13), S. 60.
- (27) ROLL, Surrogation (Fn. 15), S. 80.
- (28) Grundlegend Dorothee EINSELE, Inhalt, Schranken und Bedeutung des Offenkundigkeitsprinzips: Unter besonderer Berücksichtigung des Geschäfts für den, den es angeht, der fiduziarischen Treuhand sowie der dingliche Surrogation, in: JZ 1990, S. 1007-1008, 1014. 周知性原理は、①代理法上のもの（顕名主義）と②物権法上のもの（公示原則）に分けられるが、①は「契約相手方」の保護、②は「法的取引一般」の保護に向けられている点で保護目的を異にするとして、物上代位は一般にこの両者を破壊すると説かれているという。
- (29) LÖHNING, Surrogation (Fn. 15), S. 991.
- (30) 契約当事者は調達配偶者であるという、債権債務関係は調達配偶者と相手方の間に生じ、ただ所有権だけが相手方から代位権者である配偶者に直接移転する。Vgl. STRAUCH, Mehrheitlicher Rechtssersatz (Fn. 15), S. 111, 144, 149.
- (31) この点を強調するのは、WOLF, Surrogation (Fn. 1), Jus 1975, S. 643; COESTER-WAL TJEN, Surrogation (Fn. 12), S. 28. これに対して、EINSELE, Offenkundigkeitsprinzip (Fn. 28), S. 1008, 1014 は、このような一般化は不当であり、個々の代位規定を慎重に吟味しなければならないという立場から出発するが、家財道具の物上代位のような「法律行為により仲介された法定取得」は顕名主義の例外であると結論している。
- (32) WINDMÜLLER, pretium succedit (Fn. 13), S. 27, 58; MENKEN, Surrogation (Fn. 14), S. 46. これに対して、BEYER, Surrogation (Fn. 13), S. 167-168; STRAUCH, Mehrheitlicher Rechtssersatz (Fn. 15), S. 166-167; WELLE, pretium succedit (Fn. 14), S. 20-21; ferner WALLER, Surrogation (Fn. 13), S. 13 Fn. 1 は代理の本質的要件を満たさない以上「代理」としては不適切であると、この名称に批判的である。
- (33) GERNHUBER, Surrogation (Fn. 12), S. 472.
- (34) WOLF, Surrogation (Fn. 1), Jus 1976, S. 32; GERGEN, Surrogation (Fn. 15), S. 195; ferner THIELE, Surrogation (Fn. 13), S. 60; WINDMÜLLER, pretium succedit (Fn. 13), S. 60; BEYER, Surrogation (Fn. 13), S. 280, 283, vgl. S. 290; ROLL, Surrogation (Fn. 15), S. 79.

- (35) GERNHUBER, Surrogation (Fn. 12), S. 468; COESTER-WALTJEN, Surrogation (Fn. 12), S. 25; ferner ROLL, Surrogation (Fn. 15), S. 79; vgl. auch WOLF, Surrogation (Fn. 1), Jus 1975, S. 713.
- (36) Joachim GERNHUBER/Dagmar COESTER-WALTJEN, Familienrecht, 5. Aufl., München 2006, § 34, Rn. 31.
- (37) LÖHNIG, Surrogation (Fn. 15), S. 995.
- (38) この立場は、「代位」の概念を厳格に絞り込み、その要件として厳格な意味での代償性 (①)、代位権者による新対象の直接取得 (②) を要求する。WELLE, pretium succedit (Fn. 14), S. 15-16 は①の欠缺を、BEYER, Surrogation (Fn. 13), S. 6 mit Fn. 3 und S. 280, 283, 285 は①②の欠缺を根拠として本条を「代位」から除外する。よりラディカルなのは、WALLER, Surrogation (Fn. 13), 本条の際に①②が欠けている点を強調するだけでなく (S. 35, 90, 93, 95)、他の諸規定を網羅的かつ具体的に考察し、代位と呼ばれている事象はひとつにまとめることができなほど多様であるとして、「代位」という概念そのものを排除する (S. IV und S. III)。この結論に家財道具の物上代位の文脈から同調するのは、FROMM, Surrogation (Fn. 15), S. 68. もともと、代位否定説は異端であり、一般的にはまったく相手にされてしまう。STRAUCH, Mehrheitlicher Rechtsersatz (Fn. 15), S. 50. なお、本条を「代位」ではないとする見解はいずれもこれを「法定所有権移転」と特徴づけているが、この呼称もまた誤解を招きやすい。たとえば、FROMMは「代位」による基礎づけを放棄しているが、WELLE, BEYER, WALLERとは異なり直接取得が生じること (②) を認めている (S. 80) 一方、「物上代位」の効果の説明として「法律による」「直接所有権取得」という表現を用いるものがある (Z. B. GERGEN, Surrogation (Fn. 15), S. 195)。
- (39) ROLL, Surrogation (Fn. 15), S. 79, 80. 一般論として、WOLF, Surrogation (Fn. 1), Jus 1975, S. 645.
- (40) Vgl. COESTER-WALTJEN, Surrogation (Fn. 12), S. 25 mit Fn. 8 は経由的取得が生じる場合を、「物上代位」の「変則型」と捉えている。そのほか、五三(一)で詳しくみる属具つき土地を目的とする用益権の代位 (BGB § 1048) の際には経由的取得が生じるが、これについても一般に「物上代位」が生じると当然のように解説されている。Staudinger/FRANK, BGB 2009 (Fn. 160), § 1048, Rn. 7; MünchKomm/POHLMANN, BGB<sup>5</sup> (Fn. 160), § 1048, Rn. 6.
- (41) Richard SCHRÖDER, Das eheliche Güterrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich in seinen Grundzügen, Berlin 1896, S. 14-15. この指摘は一般に受け容れられている。CROME, System IV (Fn. 139), § 573,

- S. 285 Fn. 31; ENDEMANN, Lehrbuch<sup>8,9</sup> II/2 (Fn. 139), § 175, S. 342 Fn. 21.
- (42) Hermann CONRAD, Deutsche Rechtsgeschichte: Ein Lehrbuch, 2. Aufl., Bd. 1, Karlsruhe 1862, S. 406-407, 419-420  
 なるのちの Mariella RUMMEL, Die rechtliche Stellung der Frau im Sachsenspiegel-Landrecht, Germanistische Arbeiten zu Sprache und Kulturgeschichte, Bd. 10, Frankfurt a.M. ua 1987, insbes. S. 138-145, 171-182 を参照。代位の観点からは FROMM, Surrogation (Fn. 15), S. 27-34
- (43) 文献「RUMMEL, Sachsenspiegel (Fn. 42), S. 134. なお、厳格な法秩序により生じた不公平性を緩和するためには「約定財産制」も認められつつある」の意味において以下の規制は「法定財産制」と呼ぶこともできる (S. 145)。
- (44) RUMMEL, Sachsenspiegel (Fn. 42), S. 144-145, 160-161.
- (45) RUMMEL, Sachsenspiegel (Fn. 42), S. 139-143, 171, 175. RUMMEL 自身の見解については S. 142.
- (46) 基礎的な考察として、石川武「ザクセンシュピエールにおける相続法の位置」北法三八卷五・六号上五七—一〇二頁（一九八八年）、同「中世法の規範構造—ザクセンシュピエールの場合—」北法四九卷三号—四〇頁（一九九八年）。
- (47) 以下の「RUMMEL, Sachsenspiegel (Fn. 42), S. 164, 171, 175, 180. Niffelgerade のこと」を vgl. auch CONRAD, DRG<sup>2</sup> I (Fn. 42), S. 419-420.
- (48) WALLER, Surrogation (Fn. 13), S. 92 Fn. 2 中の「Schrodter」SCHRODTER (前掲注 (41)) に批判的である。
- (49) FROMM, Surrogation (Fn. 15), S. 30-31.
- (50) Grundlegend FROMM, Surrogation (Fn. 15), S. 31-34 und S. 70, 72; vgl. auch RUMMEL, Sachsenspiegel (Fn. 42), insbes. S. 137, 142-144.
- (51) Vgl. z. B. Georg BESELER, System des gemeinen deutschen Privatrechts, Bd. 2, Berlin 1853, § 136, S. 403-404.
- (52) 以下の「Agricola」ALFRED AGRICOLA, Die Gewere zu rechter Vormundschaft als Princip des sächsischen ehelichen Güterrechts, Gotha 1869, § 34, S. 342-343.
- (53) FROMM, Surrogation (Fn. 15), S. 32-33, 57.

- (14) FROMM, Surrogation (Fn. 15), S. 33. めいじのなまげのレガシーの規制の全体を嫁資的性格のみで説明することはできぬ。後掲注 (80) 参照。
- (15) Heinrich DERNBURG, Lehrbuch des preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs, 4. Aufl., Bd. 3, Halle 1896, § 24, S. 83; vgl. Franz FÖRSTER/Max Ernst ECCIUS, Preußisches Privatrecht, 7. Aufl., Bd. 4, Berlin 1897, § 208, S. 47. なまげのレガシーの法は財産共同制の章 (ALR II 1 §§ 345 ff.) を有してゐた。これは州法または条例の補充、契約の解釈手段としての役割をめぐつてである。
- (16) DERNBURG, Lehrbuch des preußischen Privatrechts<sup>4</sup> III (Fn. 55), § 30, S. 98.
- (17) DERNBURG, Lehrbuch des preußischen Privatrechts<sup>4</sup> III (Fn. 55), § 24, S. 85; ferner FROMM, Surrogation (Fn. 15), S. 44.
- (18) FÖRSTER/ECCIUS, Preußisches Privatrecht<sup>7</sup> IV (Fn. 55), § 208, S. 55 mit Fn. 41a. めいじのなまげ vgl. auch KOCH, Allgemeines Landrecht<sup>5</sup> III (Fn. 67), S. 142 Anm. 77; DERNBURG, Lehrbuch des preußischen Privatrights<sup>4</sup> III (Fn. 55), § 26, S. 89.
- (19) めいじのなまげ FROMM, Surrogation (Fn. 15), S. 45-47.
- (20) FÖRSTER/ECCIUS, Preußisches Privatrecht<sup>7</sup> IV (Fn. 55), § 211, S. 90 mit Fn. 23. 継ぐべし KOCH, Allgemeines Landrecht<sup>5</sup> III (Fn. 67), S. 142 Anm. 76.
- (21) 継ぐべし FROMM, Surrogation (Fn. 15), S. 46-47.
- (22) DERNBURG, Lehrbuch des preußischen Privatrights<sup>4</sup> III (Fn. 55), § 26, S. 89 und FÖRSTER/ECCIUS, Preußisches Privatrecht<sup>7</sup> IV (Fn. 55), § 211, S. 90 mit Fn. 25.
- (23) FÖRSTER/ECCIUS, Preußisches Privatrecht<sup>7</sup> IV (Fn. 55), § 211, S. 90 mit Fn. 25.
- (24) FROMM, Surrogation (Fn. 15), S. 49.
- (25) Grundlegend Josef KOHLER, Zwölf Studien zum bürgerlichen Gesetzbuch VI: Das Vermögen als sachenrechtliche Einheit, in: ArchBürgR, Bd. 22 (1903), S. 1-20; DEBS, Sozial- und Individualgedanken im Rechtserwerb, in: ARWP, Bd. 10 (1916/17), S. 56-62; ferner WELLE, pretium succedit (Fn. 14), insbes. S. 122-124.

- (99) Friedrich Wilhelm BORNEMANN, Systematische Darstellung des Preußischen Civilrechts mit Benutzung der Materialien des Allgemeinen Landrechts, 2. Aufl., Bd. 5, Berlin 1845, S. 155.
- (100) Christian Friedrich KOCH, Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten: Unter Andeutung der obsoleten oder aufgehobenen Vorschriften und Einschaltung der jüngeren noch geltenden Bestimmungen: Mit Kommentar in Anmerkungen, 5. Aufl., Berlin 1875, S. 142 Anm. 79.
- (101) FÖRSTER/ECCIUS, Preußisches Privatrecht<sup>7</sup> IV (Fn. 55), § 211, S. 90 mit Fn. 25 und DIES, Preußisches Privatrecht, 7. Aufl., Bd. 3, Berlin 1896, § 187, S. 382.
- (102) 両者が共通して引くのは、ALR I. 21 §§ 121, 173である。前者は属具、後者は消費物を対象とする。しかし、後者には二つの意味で注意が必要なように思われる。①プロイセン一般ラント法は、ドイツ民法典 (BGB § 1067) と同様に、「本来的用益権」のほかに、「消費物上の「非本来的用益権」を認めている。後者は前者と異なり、用益権者は用益物上の所有権を取得するが、用益権終了後に価格の返還義務を負うというものである。つまり、消費物については妻の所有権の保護はそもそも問題とならない。しかし、ALR II. 1 § 560 のいう「動産」は、一般に消費物の性格を有するものではない。FÖRSTER/ECCIUS, Preußisches Privatrecht<sup>7</sup> III (Fn. 68), § 187, S. 382. のちに触れるように、ドイツ民法典の「家財道具」には消費に関わるものは含まれなると解されている。もう一つは、②消費物を「総体」と規定している点である。属具は「総体」のひびくである (ALR I. 2 § 103) が、「消費物」は「集合物」とは区別されたカテゴリーとみられよう。DERNBURG, Lehrbuch des preußischen Privatrechts<sup>4</sup> III (Fn. 55), § 26, S. 89 mit 18; ferner DERS., Lehrbuch des preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs, 5. Aufl., Bd. 1, Halle 1894, § 60, S. 125 und § 65, S. 135.
- (103) DERNBURG, Lehrbuch des preußischen Privatrechts<sup>4</sup> III (Fn. 55), § 26, S. 89 mit Fn. 18. 原文では、ALR I. 2 § 18 であるが、これでは意味がおおむねないため、コッホ・フェルスター／エッキウスと同じく、ALR I. 2 § 38 の趣旨であると理解した。なお、「集合物」は——「集合権利」とともに——、プロイセン一般ラント法上は、「総体 (Inbegriff)」 (ALR I. 2 § 32) と呼ばれよう。DERS., Lehrbuch des preußischen Privatrechts<sup>5</sup> I (Fn. 69), § 60, S. 125.
- (104) FROMM, Surrogation (Fn. 15), S. 48.

- (72) FÖRSTER/ECCIUS, Preußisches Privatrecht<sup>7</sup> III (Fn. 68), § 186, S. 363 und S. 372; DERNBURG, Lehrbuch des preußischen Privatrechts<sup>5</sup> I (Fn. 69), § 283, S. 701. ドイツ民法典の立法過程において明文化するかどうかが問題となり、見送られた(後述四〇(一)参照)。畜群の補充義務を肯定しつつある。
- (73) FÖRSTER/ECCIUS, Preußisches Privatrecht<sup>7</sup> IV (Fn. 55), § 211, S. 90 mit Fn. 26; vgl. DIES, Preußisches Privatrecht<sup>7</sup> III (Fn. 68), § 187, S. 382. なお、ゲルンブルクは本文でみたように、夫の「維持し」かつ補充する義務を認めつつだが、これは自然債務であると捉えていた。DERNBURG, Lehrbuch des preußischen Privatrechts<sup>4</sup> III (Fn. 55), § 26, S. 89.
- (74) FROMM, Surrogation (Fn. 15), S. 42.
- (75) DERNBURG, Lehrbuch des preußischen Privatrechts<sup>4</sup> III (Fn. 55), § 26, S. 87-88 mit Fn. 10 und § 22 S. 78. 状況により、vgl. KOCH, Allgemeines Landrecht<sup>5</sup> III (Fn. 67), S. 75-76 Anm. 13; FÖRSTER/ECCIUS, Preußisches Privatrecht<sup>7</sup> IV (Fn. 55), § 206, S. 41-42 und S. 52.
- (76) ALR の *§ 24* 及び *§ 25* について DERNBURG, Lehrbuch des preußischen Privatrechts<sup>4</sup> III (Fn. 55), § 24, S. 84 und § 30, S. 101.
- (77) FÖRSTER/ECCIUS, Preußisches Privatrecht<sup>7</sup> IV (Fn. 55), § 206, S. 39 und § 208, S. 58.
- (78) DERNBURG, Lehrbuch des preußischen Privatrechts<sup>4</sup> III (Fn. 55), § 22, S. 78 mit Fn. 4 und DEKS, Das Bürgerliche Recht<sup>3</sup> IV (Fn. 139), § 34, S. 122.
- (79) FÖRSTER/ECCIUS, Preußisches Privatrecht<sup>7</sup> IV (Fn. 55), § 206, S. 40 mit Fn. 40; DERNBURG, Lehrbuch des preußischen Privatrechts<sup>4</sup> III (Fn. 55), § 21, S. 76.
- (80) 問題の所在とともに見、FROMM, Surrogation (Fn. 15), S. 49, 92. サクセンシュペーゲル法においては、妻死亡の際にすべてのゲラーデが夫から取り去られるのではなく、生活に不可欠な若干の家財道具は夫のもとに残されるというルールがあった (Ssp III. 38 § 5)。Vgl. CONRAD, DRG<sup>2</sup> I (Fn. 42), S. 420. この側面に着目すれば、しばしば指摘されるように、ゲラーデ規制と先取分制度の類似性を語る事ができる。このルールは、家財道具の嫁資的性格を、生活保障の観点から制限するものとみる事ができる。

- (18) 一般に BGB § 1382 a. F. 及び ALR II. 1 § 560 と類似の規定による留保なく説明される。BEYER, Surrogation (Fn. 13), S. 279 Fn. 1; Staudinger/ENGELMANN, BGB<sup>9</sup> (Fn. 139), § 1382, Anm. 1. 及びその詳細な考察は「FROMM, Surrogation (Fn. 15), S. 44-50」を参照せよ。
- (32) Gesetz-Revision, Pensum XVI: Motive zu dem vom Revisor vorgelegten Entwurf des Erbrecht betreffenden Gesetze, Berlin 1835, in: Werner SCHUBERT (Hrsg.), Gesetzrevision (1825-1848): Abt. 2, Öffentliches Recht, Zivilrecht und Zivilprozeßrecht, Bd. 7, Quellen zur preußischen Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts, Vaduz 1986.
- (33) Pensum XVI, S. 258, in SCHUBERT (Hrsg.), Gesetzrevision (Fn. 82), S. 392. その説明によれば、代位の規定により補充義務も肯定されたことからのようにあるが、その後の「義務」はあくまで現に補充された場合の代位の効果の基礎づけの文脈で引き合っている。Pensum XVI, S. 257, in SCHUBERT (Hrsg.), Gesetzrevision (Fn. 82), S. 391 の法状況の整理には、補充義務が肯定されたことへの記述がある。
- (34) Pensum XVI, S. 257-258, in SCHUBERT (Hrsg.), Gesetzrevision (Fn. 82), S. 391-392.
- (35) 不可分の Otto FEIST, Das Prinzip der dinglichen Surrogation im Familien- und Erbrechte des bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, Tübingen 1903, S. 12.
- (36) Vgl. KOCH, Allgemeines Landrecht<sup>5</sup> III (Fn. 67), S. 82-83 Anm. 45; FÖRSTER/ECCIUS, Preußisches Privatrecht<sup>7</sup> IV (Fn. 55), § 211, S. 90 Fn. 25; DERNBURG, Lehrbuch des preußischen Privatrechts<sup>4</sup> III (Fn. 55), § 26, S. 89 Fn. 14 a. E. 及びプロイセン法上の代位の「一般規則」を記述していること (FÖRSTER/ECCIUS, Preußisches Privatrecht, 7. Aufl., Bd. 1, Berlin 1896, § 23, S. 122 「すべての資力代位の場合」) が、代位に対するそのよきな態度はドイツ民法典にも共通するものである (水津・前掲注 (19) 理論的基礎 (三) (四・完))。
- (37) WELLE, pretium succedit (Fn. 14), S. 79.
- (38) その事柄は PLANCK, Begründung des TE-FamR, S. 357, in: SCHUBERT, Vorlagen, FamR I (Fn. 104), S. 509. 及び DERNBURG, Lehrbuch des preußischen Privatrechts<sup>4</sup> III (Fn. 55), § 26, S. 88 の代理形式を要求していること及びそのこと。
- (39) FÖRSTER/ECCIUS, Preußisches Privatrecht<sup>7</sup> IV (Fn. 55), § 208, S. 60; ferner DIES., Preußisches Privatrecht<sup>7</sup> I (Fn. 86), § 118, S. 811 mit Fn. 18.



- (90) FÖRSTER/ECCIUS, Preußisches Privatrecht<sup>7</sup> IV (Fn. 55), § 208, S. 50 mit Fn. 21; DERNBURG, Lehrbuch des preu Bischen Privatrechts<sup>4</sup> III (Fn. 55), § 33, S. 95.
- (91) 近藤英吉『夫婦財産法の研究』一四四—一五三頁(巖松堂書店、一九二八年)などのほか、管理共同制の成立過程について、山口・前掲注(19) 夫婦財産制の展開(一) 九—三七頁を参照。
- (92) PLANCK, Begründung des TE-FamR, S. 317-318, in: SCHUBERT, Vorlagen, FamR I (Fn. 104), S. 469-470. 合わせに、第一草案理由書に依拠する、山口・前掲注(19) 夫婦財産制の展開(一) 一三三頁を参照。
- (93) プランクは、「管理共同制」という名称は法関係の一面しか捉えておらず、短縮のために用いられるにすぎない、もっとも適切なものは「夫による婚姻上の利益と管理の体系」という言い方であるとしていた。PLANCK, Begründung des TE-FamR, S. 323, in: SCHUBERT, Vorlagen, FamR I (Fn. 104), S. 475. もともと、部分草案・第一草案では夫の権利は利益と管理(TE-FamR § 78; E I § 1283)とされていたのに対して、第二草案・ドイツ民法典では反対に、管理と利益の順序に入れ替えられている(E II § 1263; BGB § 1363 a.F.)。これは管理と利益の捉え方に関連するものである。副委員会の多数意見は、第一草案とは反対に、夫の管理権能を一次的なものともみたが、——利益の権利はむしろ管理権の発露にすぎないから、「利益」文言を削除すべきという意見に対して、利益も夫の重要な権能であるが、慣例の用法では管理の権利は利益のそれを含まないという反論がため——これに続けて利益の権利に言及することにし(Prot II 4, S. 140, in: MUGDAN, Materialien IV (Fn. 104), S. 749-750)、主委員会でもこの点について異論はでなかった(Prot II 4, S. 122, in: MUGDAN, Materialien IV (Fn. 104), S. 750)。したがって、ドイツ民法典の性格づけとしては、わが国でも通常そうされるように、管理利益の順序で語るのが適切である。ちなみに、この問題はのちにみる管理の方式の問題とは無関係とされていたこと、夫が利益権という「物権」を妻の持参財産上に有するのではないとする点には争いがなかったことを付言しておく。表現をめぐる問題については、山口・前掲注(19) 夫婦財産制の展開(一) 二八頁注七も参照。
- (94) 衣服・装飾品のほか、妻の「仕事道具」が含まれるとしている。最後は、帝国議会第一二委員会の段階で付加されたものである。Kom-Bericht, S. 119, in: MUGDAN, Materialien IV (Fn. 104), S. 1228.
- (95) DERNBURG, Das Bürgerliche Recht<sup>3</sup> IV (Fn. 139), § 34, S. 121-122, § 39, S. 141-148, § 46, S. 168-170.

- (96) Vgl. DERNBURG, Das Bürgerliche Recht<sup>3</sup> IV (Fn. 139), § 35, S. 124-125.
- (97) Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Nebst Einführungsgesetz, 4. Aufl., Bd. 4, 1. Hälfte, Berlin 1928, § 1524, Anm. 3, § 1525, Anm. 2 a) a. E, § 1550, Anm. 2, 5号に於て Karl UNZNER. 及びその判例の論議に於ては Windmüller 及び Windmüller, pretium succedit (Fn. 13), S. 63-64; WALLER, Surrogation (Fn. 13), S. 99-100.
- (98) Grundlegend WOLF, Surrogation (Fn. 1), Jus 1975, S. 645 mit Fn. 12, S. 710-715, Jus 1976, S. 32; COESTER-WALJTJEN, Surrogation (Fn. 12), S. 25 mit Fn. 11, S. 26 Fn. 19.
- (99) やりあたり、水津・前掲注(9) 理論的基礎 (1) ~ (四・完) 参照。
- (100) JAKOBS/SCHUBERT, Beratung, FamR I (Fn. 104), S. 359.
- (101) MUGDAN, Materialien IV (Fn. 104), S. XXVI; JAKOBS/SCHUBERT, Beratung, FamR I (Fn. 104), S. 411.
- (102) Grundlegend WINDMÜLLER, pretium succedit (Fn. 13), S. 39-64; BEYER, Surrogation (Fn. 13), S. 261-297.
- (103) BEYER, Surrogation (Fn. 13), S. 280. 及びその表裏に債権取扱いのハーネマンによるべきは、その法廷の議論を参照。
- (104) Gottlieb PLANCK, Entwurf eines Familienrechts für das Deutsche Reich, Berlin 1880; DERS., Abänderungsanträge des Referenten zu dem Entwürfe des Familienrechts; Protokolle der [1.] Kommission zur Ausarbeitung eines Bürgerlichen Gesetzbuchs (1881-1889), Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 3, 4, Berlin 1888; Protokolle der [2.] Kommission für die Zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 3, 4, 6, Berlin 1897, 1899; Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs: Vorlage an den Reichstag mit Denkschrift, Berlin 1896; Bericht der Reichstags-Kommission über den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und Einführungsgesetzes: nebst einer Zusammenstellung der Kommissionsbeschlüsse, Berlin 1896. 續編卷ノ1に於て Werner SCHUBERT, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Familienrecht I, III, Berlin/New York 1983; Horst Heinrich JAKOBS/Werner SCHUBERT, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs: in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Sachenrecht II: §§ 1018-1296, Familienrecht: §§ 1297-1563, Berlin/New York 1987, 1991; Benno MUGDAN, Die gesamten Materialien

zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 3, 4, Berlin 1899.

- (105) 民法過程について grundlegend THIELE, Surrogation (Fn. 13), S. 1-72 passim und BEYER, Surrogation (Fn. 13), S. 265-297 passim, 以下に家財遺言の代位について FROMM, Surrogation (Fn. 15), S. 55-58 und S. 70-73.
- (106) 代位の規定の審議に関する Prot II 4, S. 185, 187, in: MUGDAN, Materialien IV (Fn. 104), S. 762-763, 764 や中核として以下の資料で補足した。副委員会による反対草案についての一般的議論 Prot II 4, S. 119, in: MUGDAN, Materialien IV (Fn. 104), S. 748, 妻の同意をめぐるとの議論 (副委員会が受け入れられた範囲の提案者の説明、主委員会が異論を承認された) Prot II 4, S. 126, 165-166, S. 166 a. E., in: MUGDAN, Materialien IV (Fn. 104), S. 755-756.
- (107) 代理と代位の関連性については本文の二を参照。
- (108) Motive IV, S. 183-184, in: MUGDAN, Materialien IV (Fn. 104), S. 101.
- (109) Motive IV, S. 184 及び Pensum XV の参照を詳述しようとするが、以下に Pensum XVII の論議に及ぶ。Motive の下の記述は PLANCK, Begründung des TE-FamR, S. 435, in: SCHUBERT, Vorlagen, FamR I (Fn. 104), S. 587 を基礎としたものとして推測されるが、回書の内容を以下に継ぐように MUGDAN, Materialien IV (Fn. 104), S. 101 を修正しようとする。
- (11) 代理権中心の構想について TE-FamR §§ 101-105 以下の PLANCK, Begründung des TE-FamR, S. 354-360, in: SCHUBERT, Vorlagen, FamR I (Fn. 104), S. 506-512. 第一委員会による異論は以下のとおりである。修正提案 §§ 44, 45 の審議に関する Prot I, S. 6487, 6496, in: JAKOBS/SCHUBERT, Beratung, FamR I (Fn. 104), S. 492, 495 を参照。通常の場合の損失の際の義務については明文はなごうである。理由書に記載されたように PLANCK, Begründung des TE-FamR, S. 432-436, in: SCHUBERT, Vorlagen, FamR I (Fn. 104), S. 584-588. 第一委員会による問題点を以下に挙げる。修正提案 § 10 以下の § 984 の適用に関する Prot I, S. 6314, in: JAKOBS/SCHUBERT, Beratung, FamR I (Fn. 104), S. 424 を参照。修正提案については PLANCK, Abänderungsanträge, in: SCHUBERT, Vorlagen, FamR III (Fn. 104), S. 301, 310-311.
- (三) Zusammenstellung der gutachtlichen Äusserungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, gefertigt im Reichs-Justizamt, Bd. 4, Berlin 1890, insbes. S. 90, 105, 159, Bd. 6, Berlin 1891, S. 609; Zusammenstellung der Äußerungen der Bundesregierungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, gefertigt im Reichs-

- Justizamt, Bd. 2, Berlin 1891, S. 33, vgl. auch Bd.1, Berlin 1891, S. 146. 管理共同制に対する批判につき、帝国議会の段階のものも含めて全体として、山口・前掲注(19) 夫婦財産制の展開(一)三〇—三五頁、近時では、屋敷二郎「法律家としてのエミリー・ケンペン＝シュペーリードイツ民法典と女性運動をめぐって」一論一二六卷一号三七—五三頁(二〇〇一年)が興味深い。
- (112) JAKOBS/SCHUBERT, Beratung, FamR I (Fn. 104), S. X.
- (113) 見通しが悪くなるのを防止するため、諸提案の細部には立ち入らない。あくまで成案の理解に必要な限りで取り上げる。各提案の詳細は、Prot II 4 (Fn. 104), S. 131, 144, 151, 184-185, 189-190.
- (114) Prot II 4, S. 185, in: MUGDAN, Materialien IV (Fn. 104), S. 764.
- (115) Prot II 4, S. 170-171, in: MUGDAN, Materialien IV (Fn. 104), S. 761. „Ehegut“ という表現は——第二委員会における修正したが——(Prot II 4, S. 123, in: MUGDAN, Materialien IV (Fn. 104), S. 751) —— „Eingebrachtes Gut“ に改めて翻訳した。
- (116) S m の審議の最初に同条全体の削除を提案したのがプラントでもっとは JAKOBS/SCHUBERT, Beratung, FamR I (Fn. 104), S. 575.
- (117) 二つの条文に分けられた理由を資料から論証する事はできなく。THEILE, Surrogation (Fn. 13), S. 63.
- (118) Prot II 4, S. 185, 187-189, in: MUGDAN, Materialien IV (Fn. 104), S. 764, 765 und vgl. JAKOBS/SCHUBERT, Beratung, FamR I (Fn. 104), S. 575-576.
- (119) Prot II 4, S. 190-191, in: MUGDAN, Materialien IV (Fn. 104), S. 766. 544 JAKOBS/SCHUBERT, Beratung, FamR I (Fn. 104), S. 576 はこの意見の提案者を明示しているが、内容的にはプラントでもっと推測される。
- (120) Prot II 4, S. 191, in: MUGDAN, Materialien IV (Fn. 104), S. 766 und vgl. JAKOBS/SCHUBERT, Beratung, FamR I (Fn. 104), S. 576.
- (121) Prot II 6, S. 273, in: MUGDAN, Materialien IV (Fn. 104), S. 766. ただし MUGDAN は議事録の頁数を記している。提案者はヤンツキーである。JAKOBS/SCHUBERT, Beratung, FamR I (Fn. 104), S. 601.
- (122) Denkschrift, S. 182, in: MUGDAN, Materialien IV (Fn. 104), S. 1152.

- (123) ④ (3) は① (1) の根拠の一つとみることもできるが、のちに分析するように、少なくともその積極的基礎づけを構成するものではない。
- (124) Statt vieler SCHRÖDER, Das eheiche Güterrecht (Fn. 41), S. 9. この法諺については、H・ミッターイス(世良晃志郎)＝広中俊雄訳『ドイツ私法概説』一二九頁(創文社、一九六一年)。
- (125) FROMM, Surrogation (Fn. 15), S. 57-58. 典拠は示されておらず、ごく簡潔な指摘である。
- (126) 詳細は、水津太郎「有体物規定に関する基礎的考察Ⅰ—ヨウホウ物権法部分草案一条をめぐって—」法研八二巻一二号二二一—二七四頁(二〇〇九年)、同「有体物規定に関する基礎的考察Ⅱ—ドイツ民法典九〇条の成立—」法研八三巻一号六七—一三四頁(二〇一〇年)。
- (127) Motive III, S. 512-513, in: MUGDAN, Materialien III (Fn. 104), S. 286. もともと、まず第一には、当事者に非本来的な用益権(前掲注(69))を成立させる意思がないかどうかを探求しなければならぬとされる。第二委員会では文言が修正されたが、内容的な変更はなされておらず。Prot II 3, S. 396, in: MUGDAN, Materialien III (Fn. 104), S. 751 und JAKOBS/SCHUBERT, Beratung, SachR II (Fn. 104), S. 167.
- (128) この問題については前掲注(93)参照。なお、第一草案では用益権の規定が一般的に準用されていた(EiS 1292)が、第二草案ではこうした準用形式を避けている。もともと、この変更は用益と管理の関係ではなく、おもに立法技術に由来するものである。Prot II 4, S. 126, in: MUGDAN, Materialien IV (Fn. 104), S. 754.
- (129) FROMM, Surrogation (Fn. 15), S. 57. ただし、フロムは、ザクセンシュペーゲル法・プロイセン一般ラント法・ドイツ民法典ではいずれにおいても「実務」上妻ではなく夫が法律行為を担当するのが通常であったために存続保障が求められたとし、各々の制度上の差異にはあまり関心を有していない(S. 70-71)。これに対して、本稿はとくに制度ないし構造の変遷を重視するものである。
- (130) FROMM, Surrogation (Fn. 15), S. 58.
- (131) Vgl. FROMM, Surrogation (Fn. 15), S. 72-73, 77.
- (132) JAKOBS/SCHUBERT, Beratung, FamR I (Fn. 104), S. 304.
- (133) Prot II 4, S. 317 und Denkschrift, S. 200, in: MUGDAN, Materialien IV (Fn. 104), S. 966 und S. 1169.

- (134) 帝国議会第一二委員会では、両親の合有債務として構成すべきという提案が出されたが、拒絶された。その際に考慮されたのは、子に対する扶養義務につき一次的には父が義務主体とされていること、そもそも夫は夫婦財産法の領域でも家庭の長として位置づけられていることとのバランスである。KomBericht, S. 134-135, in: MUGDAN, Materialien IV (Fn. 104), S. 1252.
- (135) Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Nebst Einführungsgesetz, 3. Aufl., Bd. 4, Berlin 1906, § 1620, Anm. 1.
- (136) FROMM, Surrogation (Fn. 15), S. 73 は、娘の請求権は法的義務にまで高めないと維持できないと述べられている。これを逆手にとって、だから立法者は家財道具の嫁資的性格を普遍的命題とみていたわけではないと結論づけている。他方、もしこの命題が正当であったなら、BGB § 1382 a. F. の根拠づけとなりえなという。以下でみるように、本稿とは代位と嫁資義務の関係の捉え方が異なる。
- (137) Vgl. MENKEN, Surrogation (Fn. 14), S. 34, 164. BGB § 1646 に関する記述も参照。
- (138) WELLE, pretium succedit (Fn. 14), S. 106-107. 一般にこの種の代位は消極的に評価されるべきである。WOLF, Surrogation (Fn. 1), Jus 1975, S. 645 Fn. 12, S. 712 Fn. 23; COESTER-WALTJEN, Surrogation (Fn. 12), S. 25 Fn. 7, S. 26 Fn. 19 は不真正性を強調している。
- (139) この時代の文献を「Hermann ULLMANN, Das gesetzliche eheliche Güterrecht in Deutschland, 2. Aufl., Berlin 1903; Heinrich DERNBURG, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, 3. Aufl., Bd. 4, Halle 1907; Friedrich Theodor Carl CROME, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 4, Tübingen 1908; Friedrich E NDEMANN, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts: Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 8.-9., Aufl., Bd. 2, Abt. 2, Berlin 1908; Konrad COSACK, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 7.-8. Aufl., Bd. 2, Jena 1924; Ludwig Enneccerus/Theodor KIPP/Martin WOLFF, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 7. Aufl., Bd. 4, Marburg 1931; Heinrich MITTEIS, Bürgerliches Recht: Familienrecht, 4. Aufl., Berlin ua 1949; Otto OPELT/Wilhelm VON BLUME, Das Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche und seinen Nebengesetzen, Abt. 1-2, Berlin 1906; Hugo NEUMANN, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich unter

Berücksichtigung der sonstigen Reichsgesetze und der Gesetzgebungen aller Bundesstaaten insbesondere Preußens für Studium und Praxis, 5. Aufl., Bd. 2, Berlin 1909; J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz, 9. Aufl., Bd. 4, München ua 1926, § 1382 [Theodor ENGELMANN]; Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Nebst Einführungsgesetz, 4. Aufl., Bd. 4, 1. Hälfte, Berlin 1928, § 1382 [Karl UNZNER]; Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts: Kommentar, 8. Aufl., Bd. 4, Berlin/Leipzig 1935, § 1382 [SEYD]; Hans Theodor SOERGEL (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch: Mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: Kohlhammer-Kommentar, 7. Aufl., Bd. 3, Stuttgart ua 1937, § 1382; THEILE, Surrogation (Fn. 13); WINDMÜLLER, pretium succedit (Fn. 13); WALLER, Surrogation (Fn. 13); BEYER, Surrogation (Fn. 13).

(140) 他の規定との関係については、THEILE, Surrogation (Fn. 13), S. 52-55.

(141) Vgl. Planck/UNZNER, BGB<sup>4</sup> (Fn. 139), § 1382, Anm. 2; Staudinger/ENGELMANN, BGB<sup>9</sup> (Fn. 139), § 1382, Anm. 2 a); RGRK/SAYN, BGB<sup>8</sup> (Fn. 139), § 1382, Anm. 2. 他も大体同じであるが、特徴的なものは、OPET/VON BLUME, Familienrecht I/II (Fn. 139), § 1382, Anm. 1 において「客観的要素」、各世帯により左右される部分を「主観的要素」と呼ぶ。

(142) Z. B. Planck/UNZNER, BGB<sup>4</sup> (Fn. 139), § 1382, Anm. 3 a); Staudinger/ENGELMANN, BGB<sup>9</sup> (Fn. 139), § 1382, Anm. 3 b); RGRK/SAYN, BGB<sup>8</sup> (Fn. 139), § 1382, Anm. 5.

(143) THEILE, Surrogation (Fn. 13), S. 59-60 und ULLMAN, Das gesetzliche eheliche Güterrecht<sup>2</sup> (Fn. 139), § 13, S. 105 Fn. 15. なお、妻が有責の場合、妻は夫に「一般原則にしたがい」賠償義務を負うという見解がある (OPET/VON BLUME, Familienrecht I/II (Fn. 139), § 1382, Anm. 4 b))。おおよく不法行為が想定されているのであるが、不当である (BEYER, Surrogation (Fn. 13), S. 297 mit Fn. 1)。家財道具の所有者は妻であり、自己物の滅失・毀損によって損害賠償義務が生じる余地はない。

(144) ULLMAN, Das gesetzliche eheliche Güterrecht<sup>2</sup> (Fn. 139), § 13, S. 104; CROME, System IV (Fn. 139), § 573, S. 285 Fn. 31 a. E.; OPET/VON BLUME, Familienrecht I/II (Fn. 139), § 1382, Anm. 7; Planck/UNZNER, BGB<sup>4</sup> (Fn. 139), § 1382, Anm.

7: Staudinger/ENGELMANN, BGB<sup>9</sup> (Fn. 139), § 1382, Anm. 7; RGRK/SAYN, BGB<sup>8</sup> (Fn. 139), § 1382, Anm. 8; SOERGEL, BGB<sup>7</sup> (Fn. 139), § 1382, Anm. 2; THIELE, Surrogation (Fn. 13), S. 61-62; WINDMÜLLER, Surrogation (Fn. 139), S. 60; BEYER, Surrogation (Fn. 13), S. 290. 補充義務がない(以下本文)こととバランスが取れている点も、Planck/UNZNER; Staudinger/ENGELMANN: 妻が第三者に対して賠償請求権を有する場合には、妻が賠償請求権と代位物所有権の双方を取得する点もこの問題が生じるが、この問題は新規定でも生じうるため、続稿で考察する。

(145) ULLMAN, Das gesetzliche eheliche Güterrecht<sup>2</sup> (Fn. 139), § 13, S. 104; ENDEMANN, Lehrbuch<sup>8/9</sup> II/2 (Fn. 139), § 175, S. 341 mit Fn. 22; NEUMANN, Handausgabe<sup>5</sup> II (Fn. 139), § 1382, Anm. 3; Planck/UNZNER, BGB<sup>4</sup> (Fn. 139), § 1382, Anm. 6; Staudinger/ENGELMANN, BGB<sup>9</sup> (Fn. 139), § 1382, Anm. 5; RGRK/SAYN, BGB<sup>8</sup> (Fn. 139), § 1382, Anm. 7; THIELE, Surrogation (Fn. 13), S. 64-65; BEYER, Surrogation (Fn. 13), S. 286. 旧破産法の旧規定(KO § 45 a. F.)との関係がはげしく議論されているが、この問題は破産法固有の議論であり、しかも現在では削除され問題とならないテーマなので、続稿でもとめて取り扱っていない。

(146) RG IV 376/21. Vgl. RGRK/SAYN, BGB<sup>8</sup> (Fn. 139), § 1382, Anm. 6 und FROMM, Surrogation (Fn. 15), S. 73 Fn. 2. なお、RGZ 84, 71, 74は代位の効果につき触れているが、傍論である。所得共同制が選択されている際に一方配偶者に生じた所有権がどのようにして合有財産を形成するにいたるのか、という問題を説明するための前提にすぎない。

(147) RGRK/SAYN, BGB<sup>8</sup> (Fn. 139), § 1382, Anm. 1.

(148) Staudinger/ENGELMANN, BGB<sup>9</sup> (Fn. 139), § 1382, Anm. 1.

(149) WINDMÜLLER, pretium succedit (Fn. 13), S. 61.

(150) BEYER, Surrogation (Fn. 13), S. 283.

(151) Planck/UNZNER, BGB<sup>4</sup> (Fn. 139), § 1382, Anm. 3 a); vgl. MITTEIS, Familienrecht<sup>4</sup> (Fn. 139), Kap. 21.

(152) NEUMANN, Handausgabe<sup>5</sup> II (Fn. 139), § 1382, Anm. 3.

(153) 批判としては次のものがあるところである。妻の有責により離婚にいたった際には、代位は事情によっては夫に与える酷なところ不公正かも知れない(DERNBURG, Das Bürgerliche Recht<sup>3</sup> IV (Fn. 139), § 41, S. 150 Fn. 7; CROME, System IV (Fn. 139), § 573, S. 285 Fn. 32)。しかし、これは部分的な批判にとどまる。論者自身もこの点をあまり問



題視していなかった。CROMEはこの不利益は「とるにたらないもの」として、DERNBURGによれば代位の規定それ自体は「üblich”である(ただし、皮肉ともとれる)。

- (154) THEILE, Surrogation (Fn. 13), S. 51-52; WINDMÜLLER, pretium succedit (Fn. 13), S. 60-62.
- (155) SCHRÖDER, Das eheiche Güterrecht (Fn. 41), S. 14 usw.
- (156) 財産の代位は、法律行為的代位のみに着目すると大きく、①資力代位と、②関係代位に分けられる。本文四一参照。THEILEとWINDMÜLLERは代位の基礎理論につき基本的には同一の立場にたち、①と②の違いは両者の作用の相違に由来するとみる。すなわち、①によれば、取得物所有権が行為者とは別の他人に割り当てられるのに対して、②は、同一人に帰属する取得物所有権を複数の財産体のうちの二に割り当てるものであるとし、このことから、①においては、行為者の意思は一般に問題とならないが、②の際には、行為者の意思が求められるとする。(THEILE, Surrogation (Fn. 13), S. 13-14; WINDMÜLLER, pretium succedit (Fn. 13), S. 12-13, 23-24)。家財道具の代位は「のりずれにあらまへん」といふことのため、「特殊」(WINDMÜLLER, pretium succedit (Fn. 13), S. 60, 61)、「一部拡張一部制限」型(THEILE, Surrogation (Fn. 13), S. 52)などい説が述べられた。
- (157) WALLER, Surrogation (Fn. 13), S. 94; BEYER, Surrogation (Fn. 13), S. 279.
- (158) BEYER, Surrogation (Fn. 13), S. 284-285 mit Fn. 2; vgl. auch WALLER, Surrogation (Fn. 13), S. 92-93.
- (159) BGB § 1382 a. F. の議論の「よめよこし」FROMM, Surrogation (Fn. 15), S. 69.
- (160) 本文に触れる範囲では議論状況に変化はないため、以下では最新版を用いる。Bürgerliches Gesetzbuch: Mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: Kohlhammer-Kommentar, Begründet von Hans Theodor Soergel, 13. Aufl., Bd. 16, Stuttgart ua 2001, § 1048 [Rolf STÜRNER]; J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Neubearbeitung 2009, Buch 3, Berlin 2009, § 1048 [Johann FRANK]; Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5. Aufl., Bd. 6, München 2009, § 1048 [Petra POHLMANN].
- (161) MünchKomm/POHLMANN, BGB<sup>5</sup> (Fn. 160), § 1048, Rn. 3.
- (162) Staudinger/FRANK, BGB 2009 (Fn. 160), § 1048, Rn. 7.
- (163) WALLER, Surrogation (Fn. 13), S. 91; WELLE, pretium succedit (Fn. 14), S. 15-16.

- (164) ULLMAN, Das gesetzliche eheliche Güterrecht<sup>2</sup> (Fn. 139), § 17, S. 169-170 mit Fn. 2. 444 FROMM, Surrogation (Fn. 15), S. 85 を取り上げ、批評しつつも、結局は ULLMAN の本意ではなさうよ、と思われぬ。
- (165) BEYER, Surrogation (Fn. 13), S. 287-288 mit Fn. 1.
- (166) Vor allem Soergel/STÜRNER, BGB<sup>13</sup> (Fn. 160), § 1048, Rn. 2 mit Fn. 5; vgl. auch Staudinger/FRANK, BGB 2009 (Fn. 160), § 1048, Rn. 2.
- (167) Staudinger/FRANK, BGB 2009 (Fn. 160), § 1048, Rn. 6.
- (168) Vgl. MünchKomm/POHLMANN, BGB<sup>5</sup> (Fn. 160), § 1048, Rn. 5.
- (169) ULLMAN, Das gesetzliche eheliche Güterrecht<sup>2</sup> (Fn. 139), § 13, S. 103.
- (170) WALLER, Surrogation (Fn. 13), S. 90-91.
- (171) WALLER, Surrogation (Fn. 13), S. 92.
- (172) WALLER, Surrogation (Fn. 13), S. 93 und S. 97-98.
- (173) WALLER, Surrogation (Fn. 13), S. 91 und S. 94-95.
- (174) ENDEMANN, Lehrbuch<sup>8/9</sup> II/2 (Fn. 139), § 175, S. 341 Fn. 21. グレードとの対比を基礎とするシュレーター（前述注(41) 参照）を支持している。しかし、論旨のポイントは本文引用部分にあり、家財道具を「財産総体」と規定しているわけではなさう。
- (175) CROME, System IV (Fn. 139), § 573, S. 285. かつ、補充義務を認める趣旨なのか、事実として補充された場合に代位により妻の家財道具に組み込まれる趣旨なのかはかならずしも明確でない。
- (176) OPET/VON BLUME, Familienrecht I/II (Fn. 139), § 1382, Anm. 7.
- (177) BEYER, Surrogation (Fn. 13), S. 286.
- (178) FROMM, Surrogation (Fn. 15), S. 86.
- (179) Planck/UNZNER, BGB<sup>4</sup> (Fn. 139), § 1382, Anm. 7; Staudinger/ENGELMANN, BGB<sup>9</sup> (Fn. 139), § 1382, Anm. 7; RGK/SAYN, BGB<sup>8</sup> (Fn. 139), § 1382, Anm. 3; BEYER, Surrogation (Fn. 13), S. 288.
- (180) WINDMÜLLER, pretium succedit (Fn. 13), S. 61.

(181) Z.B. Planck/UNZNER, BGB<sup>4</sup> (Fn. 139), § 1382, Anm. 3; Staudinger/ENGELMANN, BGB<sup>9</sup> (Fn. 139), § 1382, Anm. 2; RGRK/SAYN, BGB<sup>8</sup> (Fn. 139), § 1382, insbes. Anm. 6. 調達行為が代償としてのそれに当たるとか、意思が必要なのかといった点のみが問題とされている。「組入れ」については言葉すら見当たらない。このような状況に対するアンチテーゼとして書かれたのが、「組入れ」必要説を展開する ROLL, Surrogation (Fn. 15), S. 78-80 であった。

(182) SOERGEL, BGB<sup>7</sup> (Fn. 139), § 1382, Anm. 2 und § 1381, Anm. 2. なお Ennecerus/KIPP/WOLFF, Familienrecht<sup>7</sup> (Fn. 139), § 50 II, S. 203 は、「妻は夫の権利承継人である」としているが、他方、「代償物は調達の瞬間に妻の持参財産となる」と書いている。「組入れ」を要件とせず、「調達の瞬間に」妻に移転するが、妻はなお「夫の権利承継人」であるというのだから、いわゆる「論理的一秒」、夫に権利が帰属するとみていることになる。しかし、理由が明らかでないため、本稿では取り上げない。

(183) Staudinger/ENGELMANN, BGB<sup>9</sup> (Fn. 139), § 1382, Anm. 4 und § 1381, Anm. 3 (強調エンゲルマン)。

(184) RGRK/SAYN, BGB<sup>8</sup> (Fn. 139), § 1382, Anm. 6, vgl. auch § 1381, Anm. 6; ferner OPET/VON BLUME, Familienrecht I/II (Fn. 139), § 1382, Anm. 5. 引用には「瞬間」移転とあるが、これは一瞬の間夫に権利帰属を認めるという趣旨ではない。「権利承継の仮定は不要である」と明言し、Ennecerus/KIPP/WOLFFを批判しているからである(前掲注(181)参照)。

(185) BEYER, Surrogation (Fn. 13), S. 283 mit Fn. 2.

(186) BEYER, Surrogation (Fn. 13), S. 285.

(187) BEYER, Surrogation (Fn. 13), S. 283.

(188) THIELE, Surrogation (Fn. 13), S. 63-64.

(189) BEYER, Surrogation (Fn. 13), S. 284.

(190) Planck/UNZNER, BGB<sup>4</sup> (Fn. 139), § 1382, Anm. 3 b).

(191) Staudinger/ENGELMANN, BGB<sup>9</sup> (Fn. 139), § 1382, Anm. 3 d).

(192) SOERGEL, BGB<sup>7</sup> (Fn. 139), § 1382, Anm. 2; vgl. auch NEUMANN, Handausgabe<sup>5</sup> II (Fn. 139), § 1382, Anm. 3.

(193) この分析視角については、前掲注(24)参照。

- (194) 明確に述べらるるは、WINDMÜLLER, pretium succedit (Fn. 13), S. 60; WALLER, Surrogation (Fn. 13), S. 93, 98-99 Fn. 1. はごきりしなごが、叙述から明らかなごちのせ、DERNBURG, Das Bürgerliche Recht<sup>3</sup> IV (Fn. 139), § 41, S. 150 und S. 151 mit Fn. 10. ちせ、CROME, System IV (Fn. 139), § 573, S. 285 は資力代位と同様に計算意思を必要とせざる、ハルツは「だごじご」ちびご諸事情から明らかなごちのせじちせごじごじご。
- (195) RGRK/SAYN, BGB<sup>8</sup> (Fn. 139), § 1382, Anm. 6; vgl. BEYER, Surrogation (Fn. 13), S. 284, 285.
- (196) OPET/VON BLUME, Familienrecht I/II (Fn. 139), § 1382, Anm. 4 a). 計算期間ごごじちせごちせご種ごじご。
- (197) THEILE, Surrogation (Fn. 13), S. 57; vgl. auch DERNBURG, Das Bürgerliche Recht<sup>3</sup> IV (Fn. 139), § 41, S. 150; BEYER, Surrogation (Fn. 13), S. 285.
- (198) Staudinger/ENGELMANN, BGB<sup>9</sup> (Fn. 139), § 1382, Anm. 2 b); vgl. auch ULLMAN, Das gesetzliche eheliche Güterrecht<sup>2</sup> (Fn. 139), § 13, S. 104.
- (199) Staudinger/ENGELMANN, BGB<sup>9</sup> (Fn. 139), § 1382, Anm. 2 b). ちせごちせご替ご替ご共ごちせご物 (Anm. 2 a)) ごじご「家財道具」から排除せよごご解ごちせごじごちせご。
- (200) OPET/VON BLUME, Familienrecht I/II (Fn. 139), § 1382, Anm. 4 a).
- (201) ENDEMANN, Lehrbuch<sup>8/9</sup> II/2 (Fn. 139), § 175, S. 341 Fn. 21; Staudinger/ENGELMANN, BGB<sup>9</sup> (Fn. 139), § 1382, Anm. 2 b); vgl. DERNBURG, Das Bürgerliche Recht<sup>3</sup> IV (Fn. 139), § 41, S. 150 Fn. 9.
- (202) Planck/UNZNER, BGB<sup>4</sup> (Fn. 139), § 1382, Anm. 3 a).
- (203) RGRK/SAYN, BGB<sup>8</sup> (Fn. 139), § 1382, Anm. 3.
- (204) THEILE, Surrogation (Fn. 13), S. 57.
- (205) DERNBURG, Das Bürgerliche Recht<sup>3</sup> IV (Fn. 139), § 41, S. 150; ENDEMANN, Lehrbuch<sup>8/9</sup> II/2 (Fn. 139), § 175, S. 341 Fn. 22; OPET/VON BLUME, Familienrecht I/II (Fn. 139), § 1382, Anm. 4 b); Planck/UNZNER, BGB<sup>4</sup> (Fn. 139), § 1382, Anm. 3 a); Staudinger/ENGELMANN/UNZNER, BGB<sup>9</sup> (Fn. 139), § 1382, Anm. 4); RGRK/SAYN, BGB<sup>8</sup> (Fn. 139), § 1382, Anm. 3; THEILE, Surrogation (Fn. 13), S. 57; BEYER, Surrogation (Fn. 13), S. 283.
- (206) Konrad COSACK, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl.,

- Bd.2, Jena 1904, § 293, S. 506. なお、同所では、妻がコックに食器を贈与する際に夫の同意をえていた旨の記述が落とされているが、妻は夫の同意がなければ持参財産の対象である食器を処分できなかつたはずである。COSACK, Lehrbuch<sup>7/8</sup> II (Fn. 139), § 46, S. 138では夫の同意の部分が付加されているので、以下本文でもこれにしたがった。
- (207) コーザックはのちにごっそり記述をあらため、贈与前に調達された場合でも、夫婦は古い食器をすでに使い物にならないものとみていたのだから代位は生じうるであろうとしている。COSACK, Lehrbuch<sup>7/8</sup> II (Fn. 139), § 46, S. 138. なお、第一次世界大戦後のハイパーインフレに対応したのか、この版では設例のディテールが大幅に変更されている。すなわち、当初食器が持参されたのは一九一〇年、コックに贈与したのは一九二三年、同年の「調達の際に」旧食器は八〇マルクの価値しかなかったが、新たな食器は「六〇〇万マルク」の価格であったとし、それにもかかわらず代位が生じると説いている。
- (208) CROME, System IV (Fn. 139), § 573, S. 285 Fn. 30, BEYER, Surrogation (Fn. 13), S. 282, 後者は、DERNBURG, Das Bürgerliche Recht<sup>3</sup> IV (Fn. 139), § 41, S. 150 und S. 151 mit Fn. 10.
- (209) THEILE, Surrogation (Fn. 13), S. 57.
- (210) BEYER, Surrogation (Fn. 13), S. 285.
- (211) Planck/UNZNER, BGB<sup>4</sup> (Fn. 139), § 1382, Anm. 3 a) a. F.
- (212) 価値の増加の文脈では、THEILE, Surrogation (Fn. 13), S. 57. 本文で引いた、Planck/UNZNER, BGB<sup>4</sup> (Fn. 139), § 1382, Anm. 3 a) が、「増加なのか代償なのか」は、「BGB § 1382 a. F. の意図にしたがって妻に有利な意味で」応えられなければならないと述べているのも、同じ趣旨であろう。
- (213) Verordnung über die Behandlung der Ehenwohnung und des Hausrats nach der Scheidung vom 21.10.1944, BGBl. I, 1944, S. 256.
- (214) 家具令については、宮本ともみ「離婚後の婚姻住居利用問題への対処 (一) ～(三・完) — ドイツ家具令 (HausratsVO) の沿革を抛り所にして —」新報一〇二巻一号一四五—一七一頁、二号一二九—一五七頁、五・六号八九—一一三頁 (一九九五—一九九六年)、右近健男「離婚・別居と婚姻住居 — ドイツ法の紹介 —」岡法四六巻三・四号六四九—六六八頁 (一九九七年)、本稿の文脈ではとくに、宮本・前掲注 (2) 家具分配 (一) (二・完)。

- (215) GERNHUBER/COESTER-WALTJEN, Familienrecht<sup>5</sup> (Fn. 36), § 29 II, Rn. 17 Fn. 37 m.w.N. ただし、概念規定については複雑な問題がある。これについては代位の規定の角度から続稿で立ち入るつもりである。
- (216) Amtliche Erläuterung der Verordnung über die Behandlung der Ehewohnung und des Hausrats nach der Scheidung (6. DVO. Zum Ehegesetz) von 21. Oktober 1994, in: Deutsch Justiz 1994, S. 278-282.
- (217) Amtliche Erläuterung (Fn. 216), S. 280.
- (218) Amtliche Erläuterung (Fn. 216), S. 280.
- (219) 新規定への対比については「FROMM, Surrogation (Fn. 15), S. 95.
- (220) Amtliche Erläuterung (Fn. 216), S. 280.
- (221) FROMM, Surrogation (Fn. 15), S. 95; ferner J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Neubearbeitung 2009, Buch 4, Berlin 2004, HausratsVO § 9 [Gerd WEINREICH], Fn. 2.
- (222) Werner SCHUBERT, Zur Reform der Gemeinschaftsteilung durch die Hausratsverordnung von 1944, JZ 1983, S. 939-944.
- (223) SCHUBERT, Zur Reform der Gemeinschaftsteilung (Fn. 222), S. 941.
- (224) SCHUBERT, Zur Reform der Gemeinschaftsteilung (Fn. 222), S. 942.
- (225) 宮本・前掲注(2) 家具分配(一) 一四二—一四三頁。

〔謝辞〕 斎藤和夫先生には学部でのゼミ以来、修士課程・博士課程を経て現在に至るまで、公私にわたり御指導御鞭撻を賜りました。御教示の一つひとつが貴重なものでしたが、時流に惑わされず、基礎的な研究に打ち込むことの重要性を説かれたことが、強く心に残っております。賜りました御学恩に、心より御礼申し上げます。先生のますますの御健勝と御発展を祈念し、文字どおりの拙稿ではございますが、謹呈させていただきます。今後とも御指導御鞭撻を賜りますよう、なにとぞよろしく御願い申し上げます。